

Decis. 2^m Annalen







Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

In

Verbindung mit andern Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

von

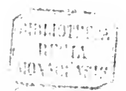
J. B. Bekk,
Vicekanzler des Oberhofgerichts in Mannheim

mit

Oberhofgerichtsrath **Trefurt** in Mannheim, den Hofgerichtsräthen **Aschbach** in Constanz, **Bayer** in Mannheim, **Sander** in Rastatt und **Woll** in Freiburg.

Sechster Jahrgang.

Karlsruhe, 1838.
Druck und Verlag von Christian Theodor Groos.



Register.

Die Ziffern bezeichnen die Seiten.

Verzeichniß

derjenigen Landrechtsätze, welche in den Annalen, sechster Jahrgang 1838, erläutert sind:

Verzeichniß

derjenigen §§. der Prozeßordnung, welche in den Annalen, sechster Jahrgang 1838, erläutert sind:

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. **Nro. 1.** Karlsruhe den 6. Januar 1838.

I.

Ueber die von einem Ehegatten in die Ehe gebrachten Pfandschulden.

Eine Frau besitzt im Augenblick der Ehe ein Haus, welches nicht durch Ehevertrag in die communauté fällt. Vor der Ehe hatte die Frau ein Capital aufgenommen, und dafür jenes Haus verpfändet. Während der Ehe wird dieses Kapital aus der Gütergemeinschaft bezahlt. Es fragt sich, ob nach Auflösung der Gütergemeinschaft die Frau oder ihre Erben gehalten sind, den Betrag dieses Kapitals der Gütergemeinschaft zu ersetzen, oder ob letztere angesehen werden muß, als habe sie durch dessen Zahlung blos ihre eigene Schuld bezahlt, weßhalb dann keine Rückforderung statt finde?

Die Lösung dieser Frage im ersteren Sinne findet sich in dem Art. 1409 und 1437 des Code civil.

Ersterer sagt: La communauté se compose passivement, . . de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage...... sauf la recompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux.

Diesem Artikel zufolge fallen also alle dettes mobilières eines der Ehegatten, die zur Zeit der Eingehung der Ehe bestanden, zu Last der Gemeinschaft; jedoch kann, nach Auflösung der Gemeinschaft, von dem schuldnerischen Ehegatten ein Ersatz (recompense) verlangt werden, wenn diese dettes mobilières Bezug auf ein ihm persönlich verbleibendes Immöbel haben.

Was sind dettes mobilières nach französischem Recht? Alle diejenigen, welche zum Gegenstand eine Summe Geldes oder ein Mobilar-Object haben, sagt der Art. 529 (*omnis actio ad consequendum mobile est mobilis*); dieses ist aber hier der Fall: denn der Gegenstand der Forderung des Gläubigers, der das Kapital vorschoß, ist eine Summe Geldes. Der Umstand, daß das Kapital durch eine Hypothek versichert ist, macht es nicht zum Immöbel: denn der Art. 529 stellt keinen Unterschied für den Fall auf, wo die obligations durch eine Hypothek versichert sind, und der Art. 526 erklärt ausdrücklich als Immöbel nur diejenigen Klagen (actions) qui tendent à revendiques un immeuble, welches natürlich diejenigen ausschließt, die nur per indirectum die Veräußerung des Immöbels zur Folge haben können.

Toulier, du contrat de mariage Tome XII. Nr. 203, erklärt dieses mit folgenden Worten: Nous avons dit que les dettes mobilières sont celles qui ont des meubles pour objet. Ainsi toutes les obligations, de donner des meubles quelconques, une somme d'argent, une certaine quantité de blé, de vin, un cheval, un boeuf, sont des dettes mobilières à la charge de la communauté, quand même le débiteur aurait donné une hypothèque pour sûreté de la dette; car quoique l'hypothèque soit un droit réel sur les immeubles du débiteur, comme elle n'est qu'un accessoire de la dette, elle n'en change pas la nature mobilière.

Im nämlichen Sinne spricht Duranton, cours du code civil sich aus. Tome XIV. Nr. 214.

Es kann also keiner Frage unterliegen, daß die Schuld der Frau, wovon es sich in specie handelt, durch die Ehe zu Last der Gemeinschaft fiel.

Nun entsteht aber die zweite Frage, ob, wenn während der Ehe die Gemeinschaft diese Schuld bezahlt hat, dieselbe nach Auflösung der Ehe von der Frau oder ihren Erben, den Ersatz des Betrags des Kapitals fordern kann?

Diese Frage ist unbedenklich zu bejahen.

Allerdings hat die Gemeinschaft eine Schuld bezahlt, die zur Zeit wo die Zahlung geschah, ihre eigne Schuld geworden war: allein die Grundsätze über Gütergemeinschaft, sowohl als der Text des Gesetzes, geben der Gütergemeinschaft das Recht, einen Ersatz zu fordern, sobald die Ehe aufgelöst ist.

Ich habe bereits bemerkt, daß der Art. 1409, Nr. 1

der Gemeinschaft einen Ersatz zuerkennt, wenn die von einem Ehegatten in die Ehe gebrachten Mobilarschulden Bezug auf ein demselben persönlich zugehöriges Immöbel haben. Dieser Satz wird im Art. 1437 näher entwickelt. Toutes les fois, heißt es hier: qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personelles à l'un des époux ..... et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la recompense.

Toullier tome XII. Nr. 343 sagt hierüber: Les époux ne peuvent, durant le mariage, ni enrichir la communauté aux dépens de leurs biens propres et personnels, ni s'enrichir eux-mêmes en augmentant leur fortune personelle aux depens de la communauté. Ce serait évidemment, dans les deux cas, changer en partie des droits matrimoniaux qu'ils avaient à l'époque du mariage et augmenter ceux de l'un pour diminuer ceux de l'autre, car celui qui enrichit la communauté aux depens de ses propres, augmente la part que l'autre doit prendre lors du partage, et diminue d'autant la sienne, comme aussi celui qui augmente sa fortune personelle aux dépens de la communauté, diminue la part qu'y prendrait l'autre. Disons donc qu'il n'est pas au pouvoir des époux durant le mariage, d'enrichir la communauté aux dépens de leurs biens propres ou personnels, ni d'enrichir ou augmenter ceux-ci aux dépens de la communauté.

Demnach sagt der Verfasser im Tome XIII. Nr. 147: Il y a deux espèces de recompenses; 1. l'une due à l'un des époux, lorsqu'il a enrichi la communauté à ses dépens; 2. l'autre due par celui des époux qui s'est, au contraire, enrichi aux depens de la communauté, ou qui en a tiré quelque profit personnel. Er bezieht sich auf den Art. 1437, der die Regel enthalte und sagt in Nr. 151: L'art. 1437 ne se borne pas à le consacrer par une disposition simple et précise, dont les conséquences auraient peut-être pu suffire; il le developpe par quelques exemples. Der Verfasser stellt nun verschiedene Beispiele dar: unter andern in Nr. 152 gerade das hier vorliegende eines Kapitals. Lorsque, sagt er, la charge personelle à l'un des conjoints, acquittée des deniers de la communauté, consistait en une somme d'argent exigible, il est clair que le rapport qu'il doit faire à la masse est d'une somme pareille à celle qui a été tirée de la communauté pour acquitter cette dette.

Duranton sagt das Nämliche. T. XIV. Nr. 361 bis 364.

Favard im Repertoire de la nouvelle législation du Communauté conjugale, Sect. 1 §. 2 Nr. 1 (T. I. p. 545) spricht sich folgendermaßen aus:

En principe général, toutes les dettes mobilières dont les époux sont grevés au jour de la célébration du mariage, ou dont se trouvent grevées les successions qui leur échoient pendant le mariage, entrent en communauté. C'est la disposition formelle du Nr. 1. de l'art. 1409. Cette règle est en harmonie parfaite avec l'art. 1401, qui fait entrer en communauté tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, et tout celui qui leur échoit pendant sa durée. Les choses, sont égales et la justice est satisfaite.

Mais il peut arriver et il arrive quelquefois que l'un des époux tire un profit personnel des biens de la communauté, et, pour maintenir l'égalité l'art 1437 porte qu'il en doit la recompense. Il ne dit pas que l'obligation par suite de laquelle ce profit a été obtenu, n'a pas été à la charge de la communauté: il suppose au contraire que cette obligation a dû être acquittée par elle; mais il dit que l'époux qui en a tiré un avantage personnel, en devra recompense à son conjoint.

Or se sont les rentes et dettes passives qui ont pour cause un avantage que l'époux n'apporte point en communauté que le Nr. 3 de l'art. 1409 a en vue et appelle dettes personelles aux époux. Elles entrent en communauté par rapport aux créanciers; mais elles n'y entrent, à l'égard de l'autre époux, que pour les arrérages ou interêts; il lui sera dû recompense pour le capital, s'il a été acquitté par la communauté; et s'il n'a pas été acquitté, il restera, après la dissolution de la communauté, à la charge de l'époux qui a profité de l'avantage que represente la rente ou dette passive, *commoda sequuntur incommoda* S. 10, *ff. de reg. jur.*

Ainsi ..... si avant le mariage l'un des époux a acquis un immeuble pour le prix duquel il a consenti une rente, cette rente entrera en communauté (art. 1409 du Code civil); mais comme il profite seul de l'immeuble, le capital de la rente restera à sa charge, après la dissolution de l'associtien, et, s'il a été acquitté par la communauté, il en sera dû la recompense à l'autre époux, parcequ'il s'agissait d'une dette personelle.

Nur die Zinsen des fraglichen Kapitals, die die Gemeinschaft während ihrer Dauer bezahlt hat, bleiben ihr définitif und ohne Ersatz zu Last, laut Nr. 3 des Art. 1409.

Es ist dieses die compensation der Benutzung der Güter der Frau, die nach Art. 1401 Nr. 2 der Gemeinschaft zugehört. Foelix*)

Anmerkung der Redaktion. — Der geehrte Herr Verfasser dieses Aufsatzes wird mir erlauben, in Kürze meine entgegengesetzte Ansicht darzustellen, wie sich solche im Großherzogthum Baden nach den Erläuterungen Brauers (im Einklange mit einer Justizministerialverfügung vom 26. Februar 1812, Abs. 1. — Regierungsblatt Nr. X.) seit langen Jahren durch die Praxis festgestellt hat.

Ich sage: die von einem Ehegatten, z. B. von der Ehefrau, in die Ehe gebrachte Schuld, welche unterpfändlich auf einer ihr eigen bleibenden Liegenschaft haftet, ist nicht als eine solche zu betrachten, welche im Verhältniß zum Mann eine eigene Schuld der Frau bleibt, und für welche also die Frau, wenn sie aus dem Vermögen der Gemeinschaft getilgt wird, nach S. 1409 Nr. 1, oder 1437 der letztern Vergütung zu leisten hätte.

Es ist nämlich die Frage: ob die Frau in diesem Falle der Gemeinschaft den Betrag der bezahlten Schuld zu vergüten habe? — ganz gleich zu stellen der Frage: ob die Frau diese Schuld, wenn sie während der Ehe nicht bezahlt wurde, bei deren Auflösung als ihre eigne Schuld vorhinweg zurückzunehmen habe, oder davon nach S. 1482 nur die Hälfte ihr zur Last bleibe?

Auch im letztern Falle haftet die Frau nach S. 1486, dem Gläubiger gegenüber für das Ganze der von ihr in die Ehe gebrachten Schuld, aber sie hat, wenn sie das Ganze bezahlen muß, vom Mann die Hälfte als Vergütung zu fordern, statt daß umgekehrt nach des Herrn Verfassers Ansicht die Frau da, wo die Gemeinschaft das Ganze bezahlte, dem Ehemann die Hälfte zu vergüten hätte.

Brauer setzt die fahrenden Schulden, welche nach dem Satz 1409 Nr. 1, in die Gemeinschaft fallen, denjenigen, die nach dem Ausdrucke der nämlichen Gesetzesstelle „Liegenschaften angehen" (den dettes „*relatives aux immeubles*"), entgegen. Die letzteren erklärt er als liegenschaftliche Schulden, die nicht in die Gemeinschaft fallen, wogegen alle übrigen Schulden als fahrende der Gemeinschaft zur Last kommen in der Art, daß die Gemeinschaft, wenn sie dieselben bezahlt, von dem beibringenden Ehetheil die Vergütung, von der die Sätze 1409 Nr. 1 und 1437 handeln, nicht zu leisten habe, daß vielmehr der beibringende Ehetheil, wenn er eine solche Schuld aus dem eigenen Vermögen zahle, nach S. 1486 die Hälfte derselben vom Ehemann oder dessen Erben (d. i. mit andern Worten: das Ganze von der Gemeinschaft) sich ersetzen lassen dürfe.

In diesem Sinne hält nun Brauer diejenige Schuld für eine liegenschaftliche,

„welche zur Hingabe einer Liegenschaft führt, oder deren Gegenstand eine Liegenschaft ist," —

und er führt als solche auf:

a) fremde Eigenthumsansprüche an eine beigebrachte Liegenschaft (S. 526 Abs. 4),

b) Forderungen, die mit Vorzugsrecht (privilége) auf einer beigebrachten Ligenschaft haften, „also aus dem Erwerb oder der Erhaltung derselben entspringen" (S. 2103),

c) Forderungen, die auf einer während der Ehe angefallnen Erbschaft haften, nach Verhältniß der in der Erbschaft begriffenen, dem erbenden Ehetheil allein zufallenden, Liegenschaften (S. 1414),

d) Forderungen, die auf einer Liegenschaft haften, welche Einem der Ehegatten mit der darauf ruhenden Schuld von Ahnen abgetreten wurde (S. 1406),

e) Forderungen, die auf einer beigebrachten Liegenschaft unterpfändlich haften, wobei der beibringende Ehegatte nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, sondern nur nach S. 2167 rc. als dritter Besitzer mit einer Pfandklage belangt werden kann.

Dagegen erklärt Brauer alle übrigen Schulden, und zwar, namentlich auch jene Geldschulden für fahrende,

„welche Pfandrecht auf eine beigebrachte Liegenschaft haben, sobald der beibringende Theil der persönliche Schuldner ist, weil in dessen Hand die Schuld nicht nach der Nebeneigenschaft des Pfands, sondern nach der Haupteigenschaft der persönlichen Verbindlichkeiten geschätzt werde."

Ich will mich nun nicht näher auf die Frage einlassen, ob diese Abtheilung der Schulden, insoweit Brauer die Einen als liegenschaftliche, und die Andern als fahrende bezeichnet, richtig sey? —

An und für sich dürfte wohl als eine liegenschaftliche Schuld nur diejenige zu betrachten seyn, welche vom Standpunkt des Gläubigers aus betrachtet als ein liegenschaftliches Recht erscheint, von den obigen, von Brauer aufgeführten, also nur die unter a und e genannten, nämlich jene, welche nicht in Geldforderungen, sondern in dinglichen Ansprüchen an das Gut selbst bestehen, in Bezug auf Unterpfandsrechte also nur diejenigen, welche ohne persönliche Verbindlichkeit des Ehegatten gegen ihn nur als dritten Besitzer des Unterpfands geltend gemacht werden.

In Bezug auf diese Letztern sehe man Zachariä franz. Civilrecht §. 508 Nr. 1 a, und Toullier, Tit. V. du con-

*) Advokat in Paris, und Herausgeber der revue française et étrangére de legislation. D. R.

trat de mariage, tome I. Nr. 215, wo er unter die von der Gemeinschaft ausgeschlossenen dettes personnelles des époux rechnet: „les dettes *purement* hypothécaires, c'est-à-dire dont ils (les époux) ne sont tenus que comme possesseurs de l'héritage hypothéqué.“

Zieht man hiernach den Begriff der liegenschaftlichen Schulden enger, als ihn Brauer gezogen hat, so wird man auf der andern Seite mit dem Herrn Verfasser des obigen Aufsatzes anerkennen müssen, daß es außer den eigentlich liegenschaftlichen Schulden noch andere gibt, welche „Liegenschaften angehen“ (relatives aux immeubles), und welche daher dem Ehetheil, der sie beibrachte, nach S. 1409 Nr. 1 als eigene Schulden in der Art zur Last bleiben, daß derselbe sie vorhinweg zu übernehmen, beziehungsweise der Gemeinschaft, wenn diese sie bezahlte, Vergütung dafür zu leisten hat.

Und man wird bei dieser Unterstellung gerade die von Brauer unter b, c und d irrig als liegenschaftlich aufgeführten Schulden als solche fahrende Schulden zu betrachten haben, welche Liegenschaften angehen, und welche daher nach S. 1409 Nr. 1, obschon sie nicht eigentlich liegenschaftliche sind, dennoch gleich diesen dem beibringenden Ehegatten (gegenüber dem andern Ehegatten) zur Last bleiben.

Unter diese im S. 1409 Nr. 1 verstandenen, auf Liegenschaften sich beziehenden, Schulden gehören aber die gewöhnlichen Pfandschulden eben so wenig, als unter die eigentlich liegenschaftlichen.

Zachariä, §. 508. Note 3, rechnet sie nicht hierher, und was im obigen Aufsatze aus Toullier und Favard angeführt ist, beweist keineswegs, daß diese Schriftsteller alle Pfandschulden unter die dettes relatives aux immeubles zählen, so daß der beibringende Ehetheil, wenn sie von der Gemeinschaft bezahlt werden, dafür Vergütung zu leisten hätte.

Nach S. 1482 fällt von den Gemeinschaftsschulden auf jeden Ehegatten die Hälfte, ohne Rücksicht, welcher derselben sie beigebracht habe, und es versteht sich im Allgemeinen auch wohl von selbst, daß derjenige, der seine eignen Schulden zahlt, von einem Andern hiefür keine Vergütung anzusprechen habe, daß also die Gemeinschaft, wenn sie wirkliche Gemeinschaftsschulden tilgt, von dem Ehegatten, der sie beibrachte, keinen Ersatz fordern könne, daß somit hinsichtlich einer solchen Ersatzverbindlichkeit immer nur die Frage präjudiziell sei: ob die Schuld wirklich eine Gemeinschaftsschuld geworden, oder ob sie eine eigene Schuld des beibringenden Ehetheils (gegenüber dem andern Ehetheil) geblieben sei?

Von dieser Ansicht ausgehend erklärt Toullier den mit dem S. 1437 in Verbindung stehenden Nachsatz vom Artikel 1409 Nr. 1, wornach alle auf eigne Liegenschaften eines Ehegatten sich beziehenden Schulden dem Ehegatten, der sie beibrachte, zur Last bleiben, für eine Erweiterung der Vorschrift, daß nur liegenschaftliche Schulden von der Gemeinschaft ausgeschlossen bleiben, oder (hinsichtlich der darunter begriffenen nicht eigentlich liegenschaftlichen Schulden) für eine Ausnahme von der Regel, daß alle fahrenden Schulden in die Gemeinschaft fallen.

Unter Nr. 209 sagt er namentlich:

„Du principe, que toutes les dettes personelles et mobilières des époux sont à la charge de la communauté, nos auteurs *exceptaient* celles, qui avait pour cause le prix d'un propre de . . . .“

„Ce principe est consacré par l'art. 1437 du Code.“

Wenn nun Toullier in den im obigen Aufsatze zitirten Stellen sagt, daß jede Summe, welche zur Zahlung der eignen Schulden eines Ehegatten aus der Gemeinschaft verwendet wurde, von diesem Ehegatten derselben wieder vergütet werden müsse, so wie derselbe umgekehrt, wenn sein eignes Vermögen für die Gemeinschaft verwendet wurde, von dieser den Ersatz zu fordern habe, indem ein Ehegatte während der Ehe sich nicht auf Kosten der Gemeinschaft, noch die Gemeinschaft auf Kosten eines Ehegatten sich bereichern könne, — so ist dies Alles ganz unzweifelhaft richtig; aber es ist damit keineswegs gesagt, daß ein Ehegatte sich auf Kosten der Gemeinschaft bereichere, daß nämlich diese die eigne Schuld eines Ehegatten bezahle, wenn sie eine von demselben beigebrachte Pfandschuld tilgt. Es hängt dies vielmehr immer wieder von der Vorfrage ab: ob eine solche in die Ehe eingebrachte Pfandschuld eine eigne Schuld des sie beibringenden Ehegatten (gegenüber dem andern Ehetheil) bleibe, oder ob sie eine Gemeinschaftsschuld werde? — in welch' letzterem Falle die Gemeinschaft damit nur ihre Schuld und nicht eine solche tilgt, welche dem beibringenden Ehetheil (gegenüber der Gemeinschaft) zur Last bleibt, in welchem Falle also auch nicht gesagt werden kann, daß der Ehegatte dadurch, daß die Gemeinschaft die Schuld bezahlte, sich auf deren Kosten während der Ehe bereichert habe. Eine solche Bereicherung mag in der Eingehung der Gütergemeinschaft selbst liegen, aber von einer solchen ist hier nicht die Rede, und diese Art der Bereicherung eines Ehegatten erscheint überall, wo überhaupt Vermögen oder Schulden in ungleicher Größe in die Gemeinschaft eingeworfen werden.

Nur wenn einmal mit der Schließung der Ehe die auf das Vermögen bezüglichen Rechtsverhältnisse der Eheleute ausdrücklich oder gesetzlich festgestellt sind, kann alsdann hieran nach S. 1395 während der Ehe nichts mehr abgeändert werden, und gerade als eine Folge dieses S. 1395 erklärt Toullier (im Eingang der im Aufsatze zitirten Stelle Nr. 343) die Bestimmung des S. 1437, daß ein Ehegatte die

Gemeinschaft oder diese den einzelnen Ehegatten nach geschlossener Ehe durch einseitige Verwendungen nicht mehr bereichern könne.

Damit ist aber, wie gesagt, die Frage, ob die von einem Ehegatten beigebrachten Pfandschulden nach Schließung der Ehe noch eigne Schulden des Ehegatten (gegenüber dem andern Ehegatten), oder ob sie Schulden der Gemeinschaft seien? — noch gar nicht berührt, viel weniger entschieden.

Daß übrigens Toullier diese Frage nicht im Sinne des obigen Aufsatzes beantwortet, und daß er die beigebrachten Pfandschulden nicht als solche betrachtet, welche, als sich auf Liegenschaften beziehend, nach S. 1409 Nr. 1 dem beibringenden Ehegatten zur Last bleiben, dies geht nicht nur daraus hervor, daß er unter den vielen erörterten Beispielen die, doch am häufigsten vorkommenden, Pfandschulden gar nicht erwähnt, sondern bestimmter noch aus dem unter Nr. 209 aufgestellten Prinzipe, wornach diejenigen Schulden hier gemeint sind, „qui ont *pour cause* le prix d'un propre" etc.

Der Titel der Forderung muß sich also auf den Werth einer von der Gemeinschaft ausgeschlossenen Sache (sei es eine wirkliche Liegenschaft oder ein nach S. 1500 und ff. verliegenschaftetes Fahrnißstück) beziehen.

Dies ist der Fall bei den Vorzugsforderungen, deren Vorzugsrecht nach S. 2095 „aus der Eigenschaft der Forderung entspringt," und, so weit es sich auf Liegenschaften bezieht, nach S. 2103 überall nur auf dem Erwerb oder der Werthserhöhung derselben beruht.

Von diesen Forderungen kann man also sagen, daß sie „Liegenschaften angehen". Der Ehegatte besitzt die Liegenschaft nur vermöge des Preises, den er als Aequivalent derselben zu entrichten hat, die Verbindlichkeit zur Zahlung dieser Schuld ist die Bedingung seines Erwerbs, und er erwirbt dem Werthe nach nur so viel, als hievon nach Abzug dessen, was er für den Erwerb noch zu zahlen hat, übrig bleibt.

Bei bloßen Pfandschulden ist alles dieses anders. Ihr Titel steht mit der für die Schuld verpfändeten Liegenschaft in gar keiner Verbindung, diese Schulden beruhen auf ganz andern Rechtsgeschäften, auf Darlehen u. d. g., die der Liegenschaft an und für sich ganz fremd sind; und erst durch ein Nebengeding oder durch einen spätern Vertrag werden für die Erfüllung der aus diesen Rechtsgeschäften hervorgehenden Verbindlichkeiten Liegenschaften zu Unterpfand eingesetzt. Diese Schuldigkeiten an und für sich beziehen sich aber in keiner Weise auf eine Liegenschaft.

Darum und nicht aus einem Uebersehen sind bloße Pfandschulden im S. 1437 unter denjenigen nicht genannt, welche, obschon nicht eigentlich liegenschaftlicher Natur, dennoch dem beibringenden Ehegatten zur Last bleiben, und für welche er, wenn die Gemeinschaft sie zahlte, Vergütung zu leisten hat.

Auch alle übrigen speziellen Bestimmungen des Gesetzes über solche Vergütungen beruhen auf demselben Prinzipe, und wo die S. 1406, 1407, 1408 und 1412 von Ersatzleistungen eines Ehegatten für seine aus der Gemeinschaft bezahlten Schulden sprechen, liegt überall eine Schuld für den Erwerb einer Liegenschaft zu Grund.

Selbst der S. 1414, wornach die Schulden, welche auf einer einem Ehegatten während der Ehe angefallenen Erbschaft haften, ohne Rücksicht, ob sie Pfandschulden oder bloß persönliche Schulden des Erblassers seien, nach Verhältniß der in der Erbschaft begriffenen Fahrnisse zu den darunter befindlichen Liegenschaften in die Gemeinschaft fallen, beziehungsweise dem beibringenden Ehegatten zur Last bleiben, beruht auf dem nämlichen Prinzipe. Der verhältnißmäßig auf die Liegenschaften kommende Antheil ist die Last, gegen deren Uebernahme der erbende Ehegatte diese Liegenschaften erwirbt.

Toullier (a. a. O. Nr. 285) sagt in dieser Beziehung: „les dettes mobilières, pour la portion dont les immeubles de la succession sont chargés, sont en quelque sorte *le prix de ces immeubles*, puisque ce n'est *qu'en payant ces dettes* que le conjoint héritier *peut avoir et posséder les immeubles*."

Auch was im obigen Aufsatze aus dem Repertoire von Favard ausgezogen ist, beweist nicht, was damit bewiesen werden soll.

Die Ansicht von Favard ist von jener von Brauer und von Toullier nicht der Sache nach, sondern nur im Ausdrucke verschieden.

Brauer bezeichnet nicht bloß die den liegenschaftlichen Rechten entsprechenden Verbindlichkeiten, sondern auch die andern auf Liegenschaften sich beziehenden (d. h. aus dem Erwerb einer Liegenschaft entspringenden) Schulden, hinsichtlich deren die S. 1409 Nr. 1 und 1437 von einer Vergütung an die Gemeinschaft sprechen, als liegenschaftliche Schulden.

Toullier erklärt die Letztern zwar für fahrende Schulden, sagt aber, daß dieselben ausnahmsweise demohngeachtet nicht in die Gemeinschaft fallen, sondern dem Ehegatten, der sie beibrachte, als eigne Schulden zur Last bleiben, der Gemeinschaft also, wenn sie dieselben bezahlte, wieder ersetzt werden müssen.

Nun kommt Favard mit einer dritten Ausdrucksweise, und sagt, daß jene (nicht eigentlich liegenschaftlichen, aber dennoch im Sinne des S. 1401 Nr. 1 „Liegenschaften angehenden") Schulden zwar in die Gemeinschaft fallen,

von dem Ehegatten, der davon befreit wurde, aber gleichwohl Ersatz zu leisten sey. Er setzt jedoch bei:

„elles entrent en communauté *par rapport aux créanciers;* mais elles n'y entrent *à l'égard de l'autre époux*, que pour les arrérages ou interêts; il lui sera dû recompense pour le capital, s'il a été acquitté par la communauté. etc.“

Im Verhältniß zu den Gläubigern fallen jene Schulden, da sie fahrende sind, allerdings in die Gemeinschaft, und diese Gemeinschaft hat nach S. 1410 für alle Fahrnißschulden selbst dann zu haften, wann auch nur die Frau (mit sicherem Jahr und Tag) sie beibrachte.

Aber hievon handelt es sich hier nicht. Hier ist nur von der Gütergemeinschaft der Eheleute unter sich die Rede, und daß jene auf Liegenschaften eines Ehegatten sich beziehenden Schulden nicht in diese Gemeinschaft fallen, bestreitet auch Favard nicht, daher kommt seine Ansicht mit jener von Toullier der Sache nach überein. Daß übrigens Favard eben so wenig, als Toullier die bloßen Pfandschulden unter jenen dettes relatives aux immeubles begreift, geht aus dem, was oben aus dem Repertoire angeführt ist, selbst hervor, indem dort nur diejenigen Schulden als nach S. 1409 Nr. 1, und S. 1437 dem beibringenden Ehegatten zur Last bleibend erklärt werden,

„qui ont *pour cause* un *avantage* que l'époux *n'apporte point en communauté* etc.“ —

also nur diejenigen, welche in dem Gewinne des einen Ehegatten, nämlich in dem Erwerbe eines ihm eigen bleibenden Guts, ihren Entstehungsgrund haben, was nicht der Fall ist bei bloßen Pfandschulden, durch deren Kontrahirung der Ehegatte nicht, wie etwa bei einem Liegenschaftskaufe ein (ihm eigen bleibendes, von der Gemeinschaft ausgeschlossenes) Gut erwirbt. Bekk.

II.

Anfrage.

Sind die Präsidenten für die auf den 10. Februar 1838 außerordentlicherweise einberufene Ständeversammlung neu zu ernennen? S.

Antwort der Redaktion. — Ja. — Nach dem §. 43 der Verfassungsurkunde ernennt der Großherzog

„für jeden Landtag einen Präsidenten der ersten Kammer,“

und bestätigt von 3 durch die 2te Kammer gewählten Kandidaten

„für die Dauer der Versammlung Einen“ als den Präsidenten.

Es fragt sich daher nur, ob es sich im Februar 1838 um eine bloße Fortsetzung des im Jahr 1837 begonnenen Landtags, oder um einen von neuem berufenen Landtag handle? Im erstern Falle werden die bereits gewählten Präsidenten ihr Amt nur fortzuverrichten haben, im letztern Falle werden dagegen nach dem gedachten §. 45 neue Präsidenten zu wählen seyn.

Nun ist im §. 68 der Verfassungsurkunde gesagt, daß jeder Landtag vom Großherzog geschlossen werde, neben welcher Beendigungsart jedoch der §. 42 auch noch jene der Vertagung und jene der Auflösung kennt.

Das Gesetz unterscheidet also zwischen dem Schlusse und einer bloßen Vertagung des Landtags.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Arten, die Verhandlungen aufhören zu lassen, kann nun aber in nichts Anderm als darin bestehen, daß im Falle einer Vertagung die Wiedereröffnung der Sitzungen lediglich als eine Fortsetzung des nämlichen, nur unterbrochenen, Landtags erscheint, wogegen der vom Regenten ausgesprochene Schluß eines Landtags die bis dahin stattgehabten Verhandlungen oder Sitzungen als ein abgeschlossenes Ganzes bezeichnet, so daß mit einer etwaigen Wiedereröffnung ein neuer Landtag begonnen wird.

Da nun am 1. August 1837 die Ständeversammlung nicht vertagt, sondern geschlossen wurde, so ist jetzt, wenn eine neue ständische Verhandlung aus was immer für einem Anlasse nöthig wird, ein neuer Landtag zu eröffnen, für welchen nach dem §. 45 der Verfassungsurkunde auch die Präsidenten von neuem zu ernennen sind.

Der Umstand, daß die gewöhnliche zweijährige Periode noch nicht abgelaufen ist, kann hieran nichts ändern.

Nach dem §. 46 der Verfassungsurkunde muß alle zwei Jahre eine Ständeversammlung statt finden, es ist aber nicht gesagt, daß eine solche nicht auch früher, schon vor Ablauf dieser Periode, wieder berufen werden könne. Zwei Jahre sind die gewöhnliche Periode, welche nicht überschritten, wohl aber abgekürzt werden darf.

Auf die Erneuerung der Kammern hat übrigens eine solche Abkürzung der Landtagsperioden keinen Einfluß. Dieselbe geht nach dem durch das Gesetz vom 28. Dezember 1831 modifizirten §. 79 der Verfassungsurkunde alle zwei Jahre zu $^1/_4$ vor sich, es mögen in der Zwischenzeit viele oder wenig Landtage gehalten werden. D. R.

III.

Zu L. R. S. 2277.

Ein Mandatar hatte im Jahre 1823 Gelder seines Auftraggebers in eigenem Nutzen verwendet. Im Jahre 1836 klagte letzterer auf diese Summe und forderte zugleich, gestützt auf L. R. S. 1996, fünf Procent Zinsen vom Jahre 1823. Der Unterrichter erkannte nach dem Klagbegehren. In zweiter Instanz schützte der Beklagte gegen die Zinsforderung die

Einrede der Verjährung, sich auf L. R. S. 2277 berufend, vor.

Der III. Civ. Senat des Hofgerichts des Unterrheinkreises hielt diese Einrede für begründet und erkannte unterm 28. October d. J. Nr. 10,782:

daß Beklagter nur schuldig sey, die Zinsen aus den eingeklagten 77 fl. von den letzten fünf Jahren vom Tage der zugestellten Klage an rückwärts gerechnet zu bezahlen.

Gegen obige Entscheidung dürfte wohl folgendes einzuwenden seyn:

1. Die 30jährige Verjährung bildet für alle Klagen die Regel, L.R.S. 2262. Statuirt das L.R. irgendwo kürzere Fristen für die Klagenverjährung so sind dies Ausnahmen und daher strictissimae interpretationis.

Nun sagt L. R. S. 2277, Kapitalzinsen, d. h. Zinsen aus dargeliehenen Kapitalien *) (der Urtext sagt interêts des sommes prêtées) werden in fünf Jahren verfessen. Also nur die Zinsen, welche Jemand aus einem speziellen Vertrage zu fordern habe, verjähren binnen fünf Jahren, wie z. B. beim Darleihen, bei Kaufschillingen, bei Verzugszinsen, welche auf den Grund eines gefällten Urtheils hin zu laufen anfangen. Der Grund des Gesetzes ist aber der, daß alle diese Personen mit einem Titel versehen sind, Kraft dessen sie ihre Zinsen einfordern können. Sie haben Kenntniß von dem ihnen zustehenden Rechte und versäumen sie dessen Verfolgung, so nimmt der Gesetzgeber an, daß die Zinsen, welche weiter als fünf Jahre zurück gehen, bezahlt seien (praesumtio juris et de jure). Eine Bestimmung im Interesse der öffentlichen Ordnung und als Strafe der negligentia gegeben.

2. Anders beim Mandate, einem auf das unbedingteste Zutrauen gegründeten Verhältnisse, dessen Mißachtung das ältere Recht mit der infamia bestrafte, von dem es jeden dolus entfernt wissen wollte.

Der Auftraggeber ist nämlich nicht schon aus dem Auftragsvertrage mit einem kundbaren Titel versehen, der ihm die Einklagung der Zinsen möglich macht, ihn dazu auffordert. Es muß erst ein rechtswidriges Factum von Seiten des Mandatar hinzukommen, welches für ihn das Recht zur Zinsforderung wirklich werden läßt. **)

Mit andern Worten:

Die unrechte That verpflichtet den Mandatar im Momente der Verübung zu der Entschädigung, die bei Geldforderungen vom Gesetze zum voraus bestimmt ist. L. R. S. 1153. 1282. 1382. c. 1996.

Weil nun die Entschädigung Folge einer rechtswidrigen That, weil diese ferner kein gemeinschaftliches Factum, und daher dem Wissen des mandans fremd ist (agere non volenti non currit praescriptio) ***) weil es weiters, bei einer rechtswidrigen That zur Begründung der Entscheidung keiner Anforderung bedarf, was L. R. S. 1996 in concreto speziell sanctionnirt, und endlich nur diejenigen Zinsen in 5 Jahren verfessen werden, welche angefordert werden können und müssen, so dürfte wohl kaum zu bezweifeln seyn, daß die Zinsen des L. R. S. 1996 nicht in fünf, sondern in 30 Jahren, verfessen werden.

Dr. Hecken.

IV.

Zu H. R. S. 51.

Mehrere Israeliten hatten sich, ohne daß der Vertrag schriftlich abgefaßt worden wäre, zum Einkauf und Verkauf von Wolle, unter gleicher Theilnahme an Gewinn und Verlust verbunden. Die Gesellschaft lößte sich auf, und eines der früheren Gesellschaftsglieder belangte das andere auf eine gewisse Summe, welche dieses aus dem Gesellschaftsverhältnisse schuldete. Der Unterrichter verhandelte und entschied. Das Hofgericht des Unterrheinkreises, zweiter Senat, wies jedoch durch Erkenntniß vom 11. October d. J. Nr. 10097, ohne daß von einem der streitenden Theile die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts wäre vorgeschützt worden, die Klage ab und vor den zuständigen Richter, d. h. vor Schiedsrichter, und zwar:

---

*) Kapital-Zinsen und Anleih-Zinsen (wie Brauer in seinen Erläuterungen Bd. IV. S. 318 den französischen Text übersetzt) sind keineswegs gleichbedeutend. Der Ausdruck: Kapital-Zinsen — im Gegensatz von Erb- und Pacht-Zinsen — bezeichnet den Gattungsbegriff, welcher die gesetzlichen, die bedungenen und die Verzugszinsen umfaßt und geht daher weiter als der Urtext.

**) Dem Mandatar ist nirgends untersagt, die von dem Gewaltgeber oder für dessen Rechnung von Dritten empfangenen Summen in seinem Nutzen zu verwenden. Eine solche Verwendung ist daher an und für sich keine unrechte That im Sinne des L. R. S. 1382. Wie der Gewalthaber die Summen, die er in seinem Nutzen verwendet, von dem Tag der Verwendung an verzinsen muß, so muß auch der Gewaltgeber dem Mandatar die Auslagen, welche dieser macht, von dem Tag an verzinsen, da der Vorschuß beweislich gemacht worden ist. L. R. S. 1996 und 2001.

Läßt sich aber der Mandatar bei seiner Geschäftsführung eine unrechte That zu Schulden kommen, so haftet er aus diesem Titel dem Mandanten für allen Schaden, den er ihm dadurch zugefügt hat, noch besonders. Aus der bloßen Verwendung in eigenen Nutzen folgt aber mehr nicht als die Verbindlichkeit zur Rückgabe der verwendeten Summen mit Zinsen vom Tag der Verwendung an für den Mandatar.

***) Diese Rechtsregel kommt auch dem Mandanten zu Statten. Man muß das Anfangsziel der Verjährung nicht mit der Art derselben verwechseln. Alle Zinsen ohne Unterschied werden in fünf Jahren verfessen, weil sie von Jahr zu Jahr zahlbar sind. Lauckhard, Rechtsfälle, I. Bd. S. 149 — 156. Be.

In Erwägung, daß dieser Streit zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten gemäß H. R. S. 51 durch Schiedsrichter entschieden werden muß;

In Erwägung, daß demnach jeder Streit der Art den ordentlichen bürgerlichen Gerichten entzogen ist, was noch insbesondere die Proceßordnung §. 187 und 215 zu erkennen gibt;

In Erwägung, daß eine den bürgerlichen Gerichten entzogene Streitigkeit nicht einseitig durch den Willen der Parteien, d. h. nicht durch Prorogation, sondern nur durch Ernennung der Gerichte als Schiedsrichter (was hier nicht geschah) vor dieselben gebracht werden und die gebietende Bestimmung des Artikels 51 durch die §§. 32 — 36 der Proceßordnung keine Abänderung erleiden kann. A. d. G. 2c.

Auf dieselbe Weise hatte sich der nämliche Senat 8 Tage früher, und Annalen III. 4, das Hofgericht des Mittelrheinkreises ausgesprochen.

Anderer Ansicht sind jedoch die meisten französischen Gerichtshöfe, welche annehmen:

1. Daß das Gericht sich nicht ex officio für incompetent erklären dürfe *).

2. Daß die Bestimmung des H. R. S. 51 nicht dergestalt absolut gebietend sey, daß nicht derartige Streitigkeiten durch Prorogation vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden könnten. Vergleiche Baillet ad art. 51 d. C d. C. Rogron C. d. Proced. expliqué ad art. 170.

Dr. Hecken.

V.

Beiträge zu kirchlichen Lasten.

In Freiamt haben seit unfürdenklichen Zeiten die Hofbauern das Pfarr- und Schulholz geliefert, und die Taglöhner waren von dieser Last frei.

Im Jahr 1825 beschloß nun der Gemeinderath, zu dieser Last künftig auch die Taglöhner beizuziehen.

Die Letzteren beschwerten sich dagegen, das Oberamt E. und die Kreisregierung verwarfen aber diese Beschwerde, weil die Lieferung des Holzes für den Pfarrer und Schullehrer eine Gemeindelast sei, wozu alle Gemeindebürger nach ihren Steuerkapitalien beizutragen haben.

Die Taglöhner, welche die Abgabe als eine Gemeindelast nicht anerkennen wollten, sondern sie als eine Privatlast der Hofgüter der Bauern erklärten, ergriffen nun den Rekurs an das Ministerium des Innern, welches unterm 16. Sept. 1836 Nr. 10,356 erkannte:

„Abgaben an eine Pfarrei sind Gemeinden nicht kraft öffentlichen Rechts schuldig, sondern nur in soweit dafür eine privatrechtliche Verbindlichkeit besteht, und auch gegenüber den Schullehrern besteht ohne Privatrechtstitel keine Verpflichtung zu einer Abgabe von Kompetenzholz“ **)

*) Allein nach §. 54 und §. 252 der Proceßordnung hat der Richter selbst über seine Zuständigkeit zu erkennen, ohne die Einrede der Incompetenz erst abzuwarten. Wo aber die badische Particulargesetzgebung — wie dies namentlich auch in Anziehung der Lehre von der Prorogation der Fall ist — eigenthümliche Bestimmungen enthält, da können die Auslegungen des französischen Rechts, welches in so weit nicht als Quelle für uns gilt, bei den Entscheidungen der diesseitigen Gerichte niemals in Betracht kommen. Br.

**) Die Beiträge, welche die Gemeinden nach dem Gesetze vom 28. August 1835 ohne besondern Verbindlichkeitsgrund kraft öffentlichen Rechts zu den Lehrersgehalten zu leisten haben, bestehen nur in Geld, und die Holzabgaben, welche den Gemeinden nach dem nämlichen Gesetze §. 80, sowie nach dem §. 7 und 8 der Vollzugsverordnung vom 2. August 1836, Regierungsblatt Nr. 39, kraft öffentlichen Rechts obliegen, beziehen sich nur auf die Feuerung der Schulzimmer, nicht aber auf das Kompetenzholz für den Lehrer. D. R.

„In sofern also die Gemeinde eine Verbindlichkeit zur Abgabe des fraglichen Pfarr- und Schulholzes nicht anerkennt, kann sie im Verwaltungswege dazu nicht angehalten werden, und bei der dießfallsigen Schlußfassung der Gemeinde, sowie hinsichtlich einer etwaigen Prozeßführung derselben, müssen die §§. 8 und ff. der Verordnung vom 14. Juli 1834, ***) Regierungsblatt Nr. 34 zur Anwendung kommen, indem die Hofbauern bei der Frage, ob die Holzabgabe auf der Gemeinde laste? — betheiligt sind, gleichviel ob sie eine dießfallsige Klage gegen die Gemeinde selbst erheben, oder ob solche von der Pfarrei oder Schule selbst erhoben werde.“

„Erst wenn entschieden ist, daß die Gemeinde das fragliche Holz abzugeben habe, wäre es Sache der Verwaltungsbehörde, den Maßstab zu bestimmen, nach welchem die Bürger diese Gemeindelast zu bestreiten haben.“

„Bis dahin ist also die Sache in ihrem bisherigen Zustande zu belassen, und den Hofbauern, welche die Holzabgabe bisher entrichteten, zu überlassen, eine richterliche Verurtheilung der Gemeinde zur Entrichtung dieser Abgabe in der ihnen angemessen scheinenden Weise zu veranlassen.“

D. R.

***) Nach dieser Verordnung können nämlich, wenn ein Recht oder eine Verbindlichkeit zwischen der Gemeinde einerseits und einzelnen Bürgern als Güterbesitzern oder Kontrahenten andererseits in Frage liegt, die Letzten, da sie hiebei als die Gegenpartei der Gemeinde erscheinen, weder als Mitglieder des Gemeinderaths oder Ausschusses noch in der Gemeindeversammlung mitstimmen, wenn Namens der Gemeinde über Anerkennung, oder Bestreitung der gegentheiligen Rechte oder Verbindlichkeiten ein Beschluß gefaßt werden soll.

Kann darnach der Gemeinderath oder Ausschuß, weil er durch die übrigen Mitglieder nicht mehr vollzählig ist, keinen giltigen Beschluß mehr fassen, so ist nach §. 8 der Verordnung vom 14. Juli 1834 die Gemeindeversammlung zu vernehmen, wenn auch sonst der Gemeinderath und Ausschuß zur alleinigen Schlußfassung kompetent gewesen wäre.

Ist in diesem Falle, oder wo die Sache sonst schon zur Gemeindeversammlung gehört, wegen der großen Anzahl der auszuscheidenden gegen betheiligten Bürger auch die Gemeindeversammlung nicht mehr vollzählig, so spricht nach §. 9 die Staatsbehörde den Gemeindewillen aus, insoweit es sich um Vertheidigung oder Verfolgung der Rechte der Gemeinde auf Gemeindekosten handelt, wogegen auch in diesem Falle denjenigen Bürgern, die mit der Gemeinde das nämliche Interesse haben, freisteht, die Rechte der Gemeinde auf eigne Kosten zu verfolgen oder zu vertheidigen.

Wenn also im vorliegenden Falle die Hofbauern, welche die Abgabe bisher leisteten und solche nunmehr auf die Gemeinde überwälzen wollen, mehr als ⅓ der Gemeindebürger ausmachen, so daß nach §. 37 der Gemeindeordnung kein giltiger Gemeindebeschluß gefaßt werden kann, so entscheidet die Staatsbehörde, vorbehaltlich des Rekurses an die höhere Verwaltungsbehörde, ob den Ansprüchen der Bauern, wodurch dieselben die Holzabgabe als eine Last der Gemeinde auf diese überwälzen wollen, auf Kosten der Letzteren gerichtlich zu begegnen sei, oder nicht, in welch letzterem Falle es den Taglöhnern frei stünde, entweder den Ansprüchen nachzugeben und die Uebernahme der Holzabgabe auf die Gemeinde als eine Gemeindelast geschehen zu lassen, oder auf ihre eignen Kosten die Freiheit der Gemeinde von dieser Last gerichtlich geltend zu machen, beziehungsweise zu vertheidigen. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 2. Karlsruhe den 13. Januar 1838.

I.

Oberhofgerichtliche Auslegung des L. R. S. 1167 in einem Rechtsfalle.

Am 7. Juni 1834 verkaufte Roman Gerber von Forchheim an seinen Schwiegersohn Joseph Zoller alldort:

1) ein Haus, Scheuer und Stallung um . . 800 fl.
2) 5 Mannshauet Acker auf dem Haederer Bug und 7½ Mannshauet Acker im Spengler zusammen um . . . . 500 „

Summa 1300 fl.

unter folgenden Bedingungen:

a) sind am Kaufschillinge 500 fl. baar zu bezahlen und eine mit 500 fl. auf dem Hause haftende Obligationsschuld vom Käufer zu übernehmen, jedoch mit dem Anfügen, daß der Verkäufer, so lange er und seine Ehefrau lebt 250 fl. an den Käufer zu 5% jedesmal an Martini zu verzinsen habe, wofür Verkäufer für sich und seine Ehefrau das lebtägliche Nutzungsrecht und 7½ Mannshauet Acker im Spengler vorbehalte; die weitern 300 fl. sind fällig nach dem Tode des Verkäufers oder seiner Ehefrau.
b) Verkäufer behält sich das lebtägliche Nutzungsrecht für sich und seine Ehefrau im Hause vor, und wenn Käufer mit ihnen nicht auskommen sollte, so hat Verkäufer dem Käufer jährlich 15 fl. Entschädigung zu zahlen.

Der Vertrag wurde ins Grundbuch transscribirt, die Kaufsurkunde vom Großherzoglichen Amtsrevisorate ausgefertigt und vom Käufer sogleich Zahlung der 500 fl. geleistet, eben so auch die auf dem Hause haftende Pfandschuld übernommen.

Im Monate November 1834 traten mehrere Gläubiger gegen Roman Gerber auf; er war aber außer Stande sie zu befriedigen und erklärte sich für zahlungsunfähig, so daß das Amt am 2. Dezember die Gant erkannte.

Es zeigte sich bei der Liquidation eine bedeutende Ueberschuldung, welche die Gläubiger auf obigen Kauf aufmerksam gemacht und sohin veranlaßt hat, solchen als einen zum Abbruch ihrer Rechte gefährdevoll vom Schuldner abgeschlossenen Vertrag nach L. R. S. 1167 anzufechten. Der Gantanwalt erhielt von dem Gläubigerausschusse die Vollmacht, die Nichtigkeitsklage zu begründen, was er durch folgende Behauptungen versuchte.

I. Der Kauf sei offenbar zur Benachtheiligung der Gläubiger und gefährdevoll abgeschlossen; denn wäre das Haus mit den zwei Grundstücken unter eine öffentliche Steigerung genommen worden, so hätte der Erlös wenigstens um 800 fl. höher als der bedungene Kaufspreis steigen müssen.

II. Die Kaufsbedingungen selbst zeigen am augenscheinlichsten, daß die Gefährde des Schuldners unterlaufen sei; der Gantmann habe sich wohlweislich das lebtägliche Wohnungsrecht im Hause für sich und seine Ehefrau vorbehalten, so wie das Nutzungsrecht von 7½ Mannshauet Acker im Spengler.

Zur Zeit des Vertrags sei er schon materiell gantmäßig gewesen; er habe kaum vier Wochen vor Abschluß dieses Vertrags seiner Tochter, der Ehefrau des Beklagten, eine Ehesteuer von 1300 fl. gegeben, und kurz vor dem Kaufabschlusse seine meisten Schulden contrahirt; bald hierauf habe er sich aber auf flüchtigen Fuß gesetzt, und durch dieses Benehmen seine gefährdevolle Handlungsweise mehrfach zu erkennen gegeben.

In rechtlicher Beziehung stützte sich die Klage, insbesondere in Bezug auf die Legitimation der Gläubiger, auf den L. R. S. 1167, wornach dieselben kraft eigenen Rechts befugt seien, die von ihrem Schuldner zum Abbruch ihrer Rechte unternommenen Handlungen anzufechten: es bedürfe zur Begründung der Klage blos des doppelten Beweises, daß

1) die Rechtshandlung des Schuldners den Rechten der Gläubiger Eintrag thue; und
2) daß diese Rechtshandlungen in der Absicht geschehen seien, die Gläubiger zu beeinträchtigen.

Das erstere werde durch die Gantacten und durch eine

gerichtliche Taxation der verkauften Liegenschaften außer Zweifel gesetzt werden; die Absicht der Gefährde dagegen werde nach §. 832 der P. O. und nach Satz 212 des H. R. vermuthet, wenn das Geschäft innerhalb 10 Tagen vor Ausbruch der Gant vorging, folglich umgekehrt, müßten die Gläubiger nach §. 834 der P. O. und nach Satz 214 des H. R. die Hinterlistigkeit des Vorgangs beweisen, wenn der Vertrag früher zu Stande gekommen. Die Klage sei aber durch den §. 834 der P. O. jedenfalls gegründet, und insbesondere der richterliche Vermuthungsbeweis hier zuläßig.

Eine Reihe übereinstimmender Vermuthungen spreche gerade gegen den Gantmann; denn

A. habe er kurz vor Abschluß des fraglichen Kaufs so bedeutende Schulden contrahirt, daß bereits eine materielle Gantmäßigkeit vorhanden war, welche jedenfalls aber durch den Kauf nothwendig herbeigeführt werden mußte.

Die gefährdevolle Absicht des Ganntmannes ergebe sich

B. aus den ganz ungewöhnlichen und höchst auffallenden Kaufsbedingungen, worin er durch Vorbehalt des Wohnungs- und Nutzungsrechts für sich gesorgt zu haben schien.

C. Sei der Kauf mit dem eigenen Kinde abgeschlossen, und zwar so sehr unter dem wahren Werthe, daß die gefährliche Handlung Jedermann sogleich in die Augen springen müsse, und endlich

D. habe der Gantmann diese seine gefährdevolle Absicht selbst unzweideutig ausgesprochen, indem er sich zu Polizeidiener Futterer äußerte: „was frag ich jetzt darnach, „der Kauf mit meiner Tochter ist gültig, es sind schon „sechs Monate vorbei, meine Frau zieht ihr Vermögen „weg und die Gläubiger sollen sehen, was sie erhalten."

Das Klagbegehren ging nun dahin, zu erkennen: „daß der Kauf für nichtig zu erklären sei."

Der Beklagte widersprach in seiner Vernehmlassung im Allgemeinen den Klagvortrag, soweit darin die Gefährde des Schuldners behauptet war, und suchte nachzuweisen, daß zur Anfechtung eines belasteten Vertrags nicht blos Gefährde des Schuldners, sondern auch die Gefährde des Gegencontrahenten dargethan werden müßte. Damit verband er außer der Einrede der Verjährung des L. R. S. 1167 a, die übrigens offenbar ungegründet war, die Einrede der fehlenden Activlegitimation der Gantmasse zur Sache, indem er nachwies, daß vier Gantgläubiger zur Zeit des Kaufvertrags gar noch nicht Gläubiger waren, folglich zur Anfechtung des Kaufs nicht legitimirt seien, und die Gantmasse somit nicht als Klägerin auftreten könne.

Im Beweisverfahren wurde erhoben, daß

1) die verkauften Liegenschaften mit Berücksichtigung der Vertragsbedingungen um 200 fl. zu nieder verkauft worden seien; es wurde das Wohnungsrecht und das Nutzungsrecht nach der muthmaßlichen Lebensdauer der Gantleute angeschlagen, und eben so die von denselben übernommenen Lasten der Verzinsung davon abgeschlagen, und hieraus das Resultat gezogen, daß der Käufer für die Liegenschaften blos 1700 fl. bezahlt, indessen diese Liegenschaften einen wahren Werth von 1900 fl. hätten.

2) Der Zeuge, Polizeidiener Futterer deponirte:

„Der Ganntmann habe von dem Kaufe seines Schwie„gersohnes gesprochen, und behauptet, dieser Kauf sei „gültig, er frage jetzt nichts mehr darnach, die Gläubiger „sollen schauen, wie sie es bekommen."

Auf gepflogene Verhandlung wurde dem Begehren der Klage gemäß erkannt:

daß der zwischen Gerber und Zoller abgeschlossene Kauf, unter Verfällung des Beklagten in alle Kosten, für nichtig erklärt werde.

In der Hauptsache beschränkten sich die Entscheidungsgründe auf Beantwortung folgender Fragen:

I. Ist die Klage in Rechten gegründet?

II. Ist sie durch Einreden elidirt?

III. Sind die zu ihrer Begründung gesetzlich erforderlichen thatsächlichen Unterstellungen erwiesen?

Ad. I. wurde bemerkt: Nach L. R. S. 1167 sind die Gläubiger kraft eigenen Rechts befugt, die von ihrem Schuldner zum Abbruch ihrer Rechte geschehene Rechtshandlung anzufechten. Hiezu wird vorausgesetzt, daß die Vertragshandlung den Rechten der Gläubiger Abbruch thue — ut adsit effectus fraudandi — und daß der Kauf zum Abbruch der Rechte der Gläubiger unternommen worden sei — ut adsit affectus fraudandi — Brauers Erläuterungen Bd. III. Seite 111. Hiernach könne es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die Gültigkeit des vom Gantmanne fünf Monate vor seiner Insolvenzerklärung abgeschlossenen Liegenschaftskaufs von den Gläubigern angefochten werden kann, sofern die von ihnen behauptete Benachtheiligung und die behauptete Gefährde wirklich vorhanden ist.

Ad II. Nur vier Gläubiger seien vorhanden, deren Forderung eine spätere Entstehungszeit habe, als die angefochtene Rechtshandlung, es zerfällt daher diese Einrede schon aus dem Grunde, weil bekanntlich durch den Concurs eine Gemeinschaft unter den Gläubigern entsteht, folglich bei der Verfolgung eines Rechtsanspruches durch die Gantgläubiger, als solche, nur die Berechtigung der Mehrzahl in Berücksichtigung kommen kann. Die weitere Einrede, daß zur Begründung der Nichtigkeitsklage aus L. R. S. 1167 die mala fides beider Contrahenten erfordert werde, daß aber im vorliegenden Falle nur der böse Glauben des Verkäufers behauptet sei, ist unbegründet, weil zur Begründung der

Nichtigkeitsklage das Gesetz nichts verlange, als eine von dem Schuldner zum Abbruche der Rechte der Gläubiger geschehene Rechtshandlung: man wird daher höchstens mit Brauer a. a. O. den bösen Glauben von Seiten des Schuldners, nicht aber von Seiten des Gegenkontrahenten verlangen können.

Ad III. Es ist bewiesen:

A. daß zur Zeit des Kaufs der Gantmann schon überschuldet gewesen, und

B. daß die Verkaufsobjekte unter dem wahren Werthe veräußert, und

C. daß die sonderbaren Vertragsbedingungen die unverkennbare Absicht zur Gefährde in sich tragen, und diese Absicht noch durch ein Hauptumstand bestätigt werde, indem nämlich der Gantmann während des Gantprozesses zu einem unbescholtenen Zeugen sich dahin äußerte: „was frag ich darnach, der Kauf mit meiner Tochter ist gültig."

Gegen dieses Erkenntniß ergriff Beklagter die Berufung, worin namentlich zwei Beschwerdegründe aufgestellt wurden, nämlich:

I. daß durch den Kauf den Gläubigern kein Nachtheil zugegangen sei, weil nach einer richtigen Berechnung zur Zeit des Kaufs das Vermögen des Gemeinschuldners wenigstens nicht unter dem Betrage seiner Schulden gestanden sei;

II. daß zur Anfechtungsklage des L. R. S. 1167 nicht blos der Beweis der Gefährde von Seiten des Schuldners, sondern zugleich auch der Beweis der Gefährde von Seiten des Gegencontrahenten erfordert werde. Der §. 831 der P. O. erklärt, daß alle vom Gemeinschuldner in den letzten zehn Tagen vor dem Tage der Ganteröffnung geschlossenen Rechtsgeschäfte, wodurch er das Eigenthum an Liegenschaften unentgeltlich abgegeben hätte, in Bezug auf die Masse der Gläubiger nichtig und unwirksam seien, daß dagegen alle derartigen Rechtsgeschäfte, die einen belasteten Vertrag darstellen, auf die Klage der Gläubiger für nichtig erklärt werden, wenn sie dem Richter Kennzeichen einer Gefährde darbieten. Der folgende §. 832 bestimme weiter, daß alle in den letzten zehn Tagen vor der Ganteröffnung eingegangenen Verbindlichkeiten und Handlungen, welche eine Verminderung des cridarschen Vermögens zur Folge haben, die Vermuthung gegen sich haben, daß sie aus Gefährde des Gemeinschuldners entstanden, jedoch nur dann nichtig seien, wenn bewiesen wird, daß von Seiten der übrigen Vertragspersonen eine Gefährde untergelaufen ist.

Hieraus wurde nun unter Bezug auf den H. R. S. 211 weiter gefolgert, daß man distinguiren müsse,

1) zwischen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die sich schon ihrer Form nach als reine Schenkungen darstellen, und

2) zwischen Rechtshandlungen, die zwar einen belasteten Vertrag darstellen, aber im endlichen Resultate einer vom Gemeinschuldner beabsichtigten Schenkung gleichkommen, und endlich

3) zwischen solchen Rechtsgeschäften, welche nach Inhalt und Form belastete Verträge sind, allein dennoch die Absicht zu erkennen geben, daß sie zum Abbruch der Rechte der Gläubiger abgeschlossen worden sind. Die reinen Schenkungen erkläre das Gesetz für unbedingt nichtig und unwirksam, es erklärt den Akt der Schenkung an und für sich schon für eine Gefährde der Gläubiger im Sinne des L. R. S. 1167, wogegen jene Rechtsgeschäfte, die in Form eines belasteten Vertrags eingegangen sind, nur bedingt nichtig und unwirksam seyn sollen, wenn nämlich der Beweis sich herausstellt, daß sie, nach ihren rechtlichen Folgen beurtheilt, die Vortheile einer wahren Schenkung erreichen: in diesem Falle seien dieselben nichtig, jedoch nicht von Rechtswegen, sondern nur auf das deßfallsige richterliche Erkenntniß. Alle jene Verträge aber, die weder offene noch verkleidete Schenkungen seien, hätten nur die Vermuthung gegen sich, daß sie aus Gefährde entstanden seien; allein zur Nichtigkeitserklärung sei der Beweis der doppelseitigen Gefährde nothwendig, da ja das Gesetz nach den Worten bestimme:

sie sind nichtig, wenn von Seiten der übrigen Vertragspersonen eine Gefährde untergelaufen ist.

Hieraus gehe nun für die Auslegung des §. 834, in Verbindung mit dem L. R. S. 1167 so viel hervor, daß darin nur alle andern einseitigen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners für nichtig erklärt worden; denn sonst sei die Collision zwischen dem §. 834 und 1832 nicht zu heben, was der eine durch die Distinktion zwischen unentgeltlichen und belasteten Rechtsgeschäften als Vorschrift aufstelle, hebe der andere in seiner Allgemeinheit wieder auf; daß aber jene Distinktion im Sinne des Gesetzes festgehalten werden müsse, ergebe sich aus der Quelle unserer neuen Gantordnung. Der Handelsrechtsatz 212 ff. seie wörtlich in die Gantordnung, nämlich in die §§. 831 und ff. übergegangen; letztere aber ohne alle Modifikation aus dem römischen Rechte geschöpft, welches in l. 10 §. 1 und l. 6 §. 11 Dig. quæ in fraudem creditor gerade dieselbe Unterscheidung aufstelle — „ait prætor: quæ Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de agitur, fecit, actionem competere oportet; sciente te sic accipimus te conscio et fraudem participante, non enim si simpliciter scio creditores illum habere hoc sufficit ad contendendum sed si particeps fraudis fuit."

„Simili modo dicemus et si cui donatum sit, non esse quærendum, an sciente eo cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum an fraudentur creditores!" So auch Zachariä Bd. II. S. 214 und Pailliet ad L. R. S. 1167.

Den L. R. S. 1167 und §. 834 der P. O. so allgemein und unbedingt angewendet, wie der Unterrichter gethan habe, wäre eine Sanction großen Unrechts, es werde für ein Unrecht ein noch härteres für den schuldlosen einzelnen Dritten weit fühlbareres Unrecht statuirt; und wenn auch Brauer zum L. R. S. 1167 diese Distinktion verwerfe, so stehe ihm die constante Praxis der französischen Gerichtshöfe entgegen. Laukhards Rechtsfälle Bd. I. 3 s., S. 440. Bestehe ein solcher Unterschied zwischen belasteten und unentgeltlichen Verträgen schon für jene Rechtshandlung, die der Schuldner mit einem Dritten im Laufe der zehn Tage vor der Ganteröffnung vorgenommen hat, so müsse er auch für ältere Rechtshandlungen bestehen, welche das Gesetz nicht einmal zum Voraus mit der præsumtio mali verfolge.

Nachdem nun weiter darzuthun versucht wurde, wie der Schwiegersohn des Verkäufers über die Vermögensverhältnisse seiner Schwiegereltern im Irrthume gewesen und bei dem kleinen Vortheile von 200 fl. eine Absicht, die Gläubiger seiner Schwiegereltern zu gefährden, um so weniger vermuthet werden durfte, als ja bei Vorbehalt des Wohnungs- und Nutzungsrechts auf Seiten des Verkäufers der in der Expertise angenommene Vortheil noch nicht effektiv geworden, vielmehr von der längern oder kürzern Lebensdauer der wohnungsberechtigten Schwiegereltern abhängig sei, schloß die Beschwerdeschrift in Berichtigung der bei dem Unterrichter vorgetragenen Einrede der fehlenden Activlegitimation mit den Worten:

Die Gläubiger sind als Nachfolger des Gemeinschuldners zur Klage nicht legitimirt, weil blos der Gemeinschuldner arglistig gehandelt hat, und gleichsam seine Rechtsnachfolger die exceptio doli proprii trifft.

Hierauf hat das großherzogliche Hofgericht des Oberrheinkreises unterm 31. Januar d. J. erkannt.

Es sei der Bescheid des Bezirksamts Kenzingen, unter Verfällung des Beklagten, Appellanten in die Kosten der zweiten Instanz, lediglich zu bestätigen.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß Beklagter, Appellant selbst zugibt, es habe nach dem Inventar der Roman Gerberischen Gantakten zur Zeit des Abschlusses des fraglichen Kaufvertrages vom 7. Juni 1834 bereits der Schuldenstand das Vermögen um 360 fl. 24 kr. überstiegen, und daß, selbst wenn man die von ihm aufgestellte Berechnung als richtig annehmen wollte, das Aktivvermögen des Roman Gerber damals nicht einmal 100 fl. mehr, als dessen Schulden betragen hätte, mithin selbst in diesem Falle eine Gant vorauszusehen gewesen wäre, wie sie dann kaum ein halbes Jahr später (2. Dezember 1834) wirklich ausbrach.

In Erwägung, daß, nach dem erhobenen Gutachten der Sachverständigen, Roman Gerber das fragliche Haus sammt Grundstücken beträchtlich unter dem wahren Werthe verkauft hat, daß der Verkauf an seinen Tochtermann (den jetzigen Beklagten, Appellanten) und unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nutzungs- und Wohnungsrechtes, wodurch der Werth des Kaufobjektes zum Nachtheile der Gläubiger des Verkäufers nothwendigerweise bedeutend sinken mußte, geschah, daß zudem auch durch die hinsichtlich der Zahlung gemachten Bedingungen der größere Theil der Gläubiger im Falle einer spätern Gant nothwendig beeinträchtigt werden mußte, alle diese Umstände aber in Verbindung mit den oben berührten Vermögensverhältnissen des Roman Gerber zur Zeit des Kaufabschlusses und mit der Aussage des Zeugen Stephan Futterer (16 S. 81 der Amtsakten) dem Richter hinlängliche Ueberzeugung gewähren müssen, es habe Roman Gerber jenen Verkauf zum Abbruch der Ansprüche seiner Gläubiger bewirkt.

In Erwägung endlich, daß der L. R. S. 1167 den Gläubigern das Recht einräumt, alle jene Handlungen, die ihr Schuldner zum Nachtheil ihrer Rechte unternimmt, anzufechten, ohne diejenigen, wo ein etwaiger Gegencontrahent des Schuldners sich der Gefährde nicht mittheilhaftig gemacht hätte, davon auszunehmen und nach dem §. 834 der P. O. gleichfalls ohne Unterschied und Ausnahme alle zur Gefährde der Gläubiger geschehenen Handlungen und Zahlungen für nichtig erklärt — die Gesetze hinlänglich klar sind und zu ihrer Auslegung des römischen Rechts, worauf Appellant sich zwar bezieht, nicht bedürfen — daß mithin auf die Frage: ob der beklagte Theilnehmer der Gefährde war, gar nichts ankommen kann: ist wie oben geschehen bestätigend erkannt worden *).

*) Man sehe dagegen den in der 2. Kammer im Jahr 1831 über die Gantordnung erstatteten Kommissionsbericht zu den §§. 831—834.

Dort ist das System des zum Gesetz gewordenen Entwurfs dahin erläutert, daß vorerst

a. zwischen der unentgeltlichen Hingabe von Liegenschaften des Schuldners und der Zahlung noch nicht fälliger Schuldigkeiten einerseits

b. und allen andern Rechtsgeschäften andererseits unterschieden werde.

Hinsichtlich der Letzteren ist gesagt, daß sie nur nichtig seien, wenn sie eine Gefährde des Gläubigers enthalten, und daß der Un-

Der Appellant führte dagegen die Oberappellation aus und erwirkte ein abänderndes Urtheil; das großherzogliche Oberhofgericht erkannte nämlich unterm 31. August d. J. dahin:

Es seien die Urtheile der beiden früheren Instanzen dahin abzuändern, daß die klagende Gantmasse, unter Verurtheilung in die sämmtlichen Kosten aller drei Instanzen, mit ihrer Klage abgewiesen werde.

V. R. W.

Entscheidungsgründe.

Die vom Rechtspraktikanten Galura als Gantanwalt verfaßte und am 8. Mai 1835 beim Amte Kenzingen eingereichte Klage auf Aufhebung des unterm 7. Juni 1834 zwischen dem Eridar und seinem Schwiegersohne abgeschlossenen Liegenschaftskaufs gründet sich auf L. R. S. 1167, 1167 a und Pr. O. §. 834, wornach die Gläubiger des Gantmannes die Befugniß haben, alle von demselben zu ihrer Gefährde geschehenen Veräußerungen binnen Jahresfrist von deren Vornahme an in eigenem Namen anzufechten. Diese Frist ist ausweislich des Präsentati der Klage auch gehörig eingehalten, somit die Klage rechtzeitig angestellt, und die deßfalls vorgeschützte Einrede unbegründet, nicht so jene der fehlenden Aktivlegitimation. Die Klage wurde, wie deren Rubrum deutlich zeigt, Namens der Roman Gerber'schen Gantmasse, oder des Roman Gerber'schen Gläubiger-Consortii angestellt. Das Gläubiger-Consortium als solches kann aber nach L. R. S. 1166 keine andern Rechte des Eridars geltend machen, als jene, welche diesem, und zwar nicht seiner Person ausschließlich zustehen.

Hieher gehört die in Frage stehende Umstoßungsklage, welche nicht auf der behaupteten Thatsache der Verkürzung des Verkäufers über sieben Zwölftel beruht, nicht; die Klage des L. R. S. 1167 hat niemals der Schuldner, sondern, wie aus den Worten: „in eigenem Namen" hervorgeht, nur die Gläubiger des Schuldners und zwar nur jene, welche zur Zeit der vor sich gegangenen und angefochtenen Veräußerung schon Gläubiger waren, und in sofern ein Recht haben, zu verlangen, daß der Schuldner nicht absichtlich und zu ihrem Nachtheile sein Vermögen, das allgemeine Unterpfand für ihre Forderungen, verringere. — In eigenem Namen traten die Gläubiger, welche die in zweiter und dritter Instanz vorgelegte Vollmacht der Advokaten Ruef und Weller unterzeichneten, und damit die Klagerhebung des Rechtspraktikanten Galura genehmigten, nicht auf, sondern lediglich in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Gläubigerausschusses, welcher nach §. 840, 3 der Pr. O. nur streitige Ansprüche der Masse oder aller Kreditoren, als Rechtsnachfolger des Eridars, verfolgen darf.

Bei diesem offenbaren Mangel der Aktivlegitimation kommt es auf eine Erörterung darüber, ob die Klage im Uebrigen in Rechten begründet sei, nicht an, und mußte, wie geschehen, abändernd erkannt, zugleich aber auch die Gantmasse, als unterliegender Theil, nach §. 169 der P. O. in die Kosten aller drei Instanzen verfällt werden.

Schmidt.

---

terschied, ob sie innerhalb 10 Tagen vor der Ganteröffnung oder schon früher geschehen, nur die Folge habe, daß im ersteren Falle eine Gefährde des Schuldners zu vermuthen, im letztern Falle eine solche erst besonders darzuthun sei.

Liege nun eine Gefährde des Schuldners vor (sei es, daß sie vermuthet werde, oder daß sie besonders dargethan sei), so sei nach §. 832, um das Rechtsgeschäft „als ungültig darzustellen, nur noch eine Gefährde von Seiten der übrigen Vertragspersonen nachzuweisen."

„Hierin liege nun zugleich eine Erläuterung für den L. R. S. 1167, aus dessen Wortlaut man sonst den dem unschuldigen Dritten sehr nachtheiligen Schluß ziehen könnte, daß jedes Rechtsgeschäft, wodurch der Schuldner die Rechte der Gläubiger absichtlich schmälere, nichtig sei, wenn gleich die andern Vertragspersonen im besten Glauben handelten." D. R.

II.

Ueber die Ernennung und Gehaltsbestimmung der Gemeinderechner.

Obiger Gegenstand ist bereits in einem in Nr. 44 der Annalen von 1837 mitgetheilten Falle abgehandelt worden. Nach meinem Dafürhalten ist aber derselbe dadurch noch keineswegs genügend aufgeklärt. Vielmehr dürften bei einer reiflichen Erwägung der Sache noch sehr erhebliche Zweifel über die Richtigkeit der Entscheidung des großh. Ministeriums des Innern sich darstellen. Unter diesen Umständen wird eine nochmalige Erörterung des Gegenstandes bei dessen Wichtigkeit nicht am unrechten Orte seyn.

Dem Thatsächlichen des vorgetragenen Falles ist nur noch beizusetzen, daß Daler unterm 21. März 1831 von dem Gemeinderath mit Zustimmung des größern Bürgerausschusses auf sechs Jahre zum Stadtverrechner gewählt worden war.

Zur richtigen Beurtheilung des mitgetheilten Falles und entsprechenden Auslegung der einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen der G. O. ist vor Allem erforderlich, daß man zwischen der Wahl eines Gemeinderechners und der Bestimmung des Gehalts für denselben gehörig unterscheidet.

Was nun

1) die Wahl des Rechners anbelangt, so bestimmt der §. 127 der G. O. mit ausdrücklichen Worten, daß der

Gemeinderechner vom Gemeinderath unter Zustimmung des größern Ausschusses in Städten, in Landgemeinden aber nach Gemeindeschluß auf längere oder kürzere Zeit ernannt wird. Hienach kann kaum ein Zweifel darüber obwalten, daß zu jeder lebenslänglichen, unwiderruflichen Anstellung eines Gemeinderechners die Zustimmung des größern Ausschusses, beziehungsweise der Gemeinde nöthig ist. Erwägt man nun dies und zieht man bei dem vorliegenden Fall ferner in Betracht, daß Daler am 21. März 1834 der angerufenen gesetzlichen Bestimmung gemäß nur auf sechs Jahre zum Verrechner gewählt war, daß somit seine Dienstzeit mit dem 20. März 1840 zu Ende gegangen, und wenn er dann ganz unter seinen seitherigen Verhältnissen im Dienst hätte bleiben wollen abermals die Zustimmung des größern Ausschusses erforderlich gewesen wäre, so ist wohl klar, daß, wenn Daler noch vor Ablauf seiner sechsjährigen Dienstzeit lebenslänglich und unwiderruflich angestellt werden sollte, gleichfalls die Zustimmung des größern Bürgerausschusses hiezu eine unerläßliche Bedingung war. Hiemit dürfte wohl der unter 1 a angeführte Entscheidungsgrund des großherzogl. Ministeriums des Innern so ziemlich beseitigt seyn *).

Was den Entscheidungsgrund unter 1 b betrifft, so scheint mir die Ansicht der Kreisregierung in dieser Beziehung auch jetzt noch den Vorzug zu verdienen. Richtig ist es zwar, daß der §. 37 der G. O. nur von Gemeindebeschlüssen spricht; indem er unter Abs. 3 zur Gültigkeit eines solchen die Zustimmung der Mehrheit sämmtlicher Gemeindebürger fordert; allein es ist dagegen zu erwägen, daß der größere Bürgerausschuß der die Gemeindeversammlung vertretende Körper ist und daß sich durchaus kein Grund denken läßt, warum der Gesetzgeber für den Fall, wo die Gesammtheit versammelt ist, zur Gültigkeit eines Beschlusses die absolute Stimmenmehrheit sämmtlicher Gemeindebürger vorgeschrieben haben sollte, während zur Gültigkeit eines Beschlusses über denselben Gegenstand bei dem die Gesammtheit vertretenden, aus dieser selbst gewählten Körper die Mehrheit der Anwesenden schon hinreichend wäre. Bei diesem Verhältniß der Sache entspricht es gewiß weit mehr den Regeln der Hermeneutik, die gesetzlichen Bestimmungen über die Beschlüsse der Gemeindeversammlungen, als jene über die Beschlüsse des Gemeinderaths und des kleinern Bürgerausschusses analogisch anzuwenden, besonders wenn man noch in Erwägung zieht, daß das Gesetz die Bestimmungen über den größern Ausschuß mit denen über die Gemeindeversammlung in einem Kapitel abhandelt und daß die Beschlüsse des Gemeinderaths und des kleinern Ausschusses keine solche wichtigen Angelegenheiten der Gemeinde zum Gegenstande haben, als jene der Gemeindeversammlung und des größern Ausschusses **). Das Gesetz bestimmt in §. 40 der G. O. auch nichts darüber, wie viele Mitglieder des größern Ausschusses erscheinen müssen, um einen gültigen Beschluß fassen zu können. Dessenungeachtet hat man in dem vorliegenden Fall unbedenklich angenommen, daß nach §. 37 Abs. 2 das Erscheinen von zwei Drittel sämmtlicher Mitglieder des größern Ausschusses nöthig gewesen. Warum hat man in dieser Beziehung nicht die gesetzlichen Bestimmungen über die Beschlüsse des Gemeinderaths und des kleinern Ausschusses zur Norm genommen? Zwar heißt es in dem durch den Aufsatz in Nr. 44 mitgetheilten Erlaß großherzogl. Ministeriums des Innern nur, daß die gesetzlich erforderliche Anzahl erschienen sei; allein ich zweifle doch sehr, daß man unter dieser gesetzlich erforderlichen Anzahl weniger als zwei Drittel verstanden. Nach der ausdrücklich ausgesprochenen Ansicht der untern Behörden, namentlich des Gemeinderaths, wurde aber das Erscheinen von zwei Drittel als nothwendige Bedingung der Gültigkeit des Beschlusses des größern Ausschusses vorausgesetzt ***).

---

*) Wenn D. wirklich nicht bereits auf unbestimmte Zeit gültig ernannt war, sondern nur auf 6 Jahre, es also sich nicht bloß um seinen Gehalt und die Bedingungen seiner Anstellung und Entlassung, sondern zugleich um die neue Anstellung für eine weitere Periode handelte, so war dazu nach §. 127 der Gemeindeordnung die Zustimmung des großen Ausschusses allerdings erforderlich.

Geschah aber die frühere Wahl auf unbestimmte Zeit, so daß, ehe eine neue Wahl eintreten konnte, vorerst eine Entlassung des D. nöthig wäre, so konnten der Gemeinderath und kleine Ausschuß, die zur Gehaltsbestimmung kompetent sind, über die Bedingungen dieser Entlassung, beziehungsweise über die für gewisse Fälle ihm (in einer Pension) zu leistende Entschädigung gültig beschließen.

D. R.

**) Daraus, daß der große Ausschuß in seinem Geschäftskreise die Gemeindeversammlung vertritt, folgt nicht, daß auch die Form der Verhandlungen des großen Ausschusses, der denn doch nicht die Gemeindeversammlung selbst, sondern lediglich ein sie vertretender Ausschuß ist, die nämliche wie bei der Gemeindeversammlung seyn müsse, und wenn man sich an Analogien halten will, so ist der große Ausschuß in Bezug auf seine Form (auf die Art seiner Bildung und auf seine Eigenschaft als bloße Behörde oder Vertreterin der Gemeinde) dem kleinen Ausschuß ähnlicher als der Gemeindeversammlung. D. R.

***) Wenn man auf den Grund des §. 37 Nr. 2 der Gemeindeordnung annähme, daß zur Gültigkeit einer Berathung des großen Ausschusses ⅔ seiner Mitglieder erscheinen müssen, so wäre es allerdings inkonsequent, die Vorschrift des §. 37 Nr. 3 nicht ebenfalls auf den großen Ausschuß anzuwenden.

Allein aus dem in Nr. 44 der Annalen enthaltenen Ministerialerlasse vom 21. Juli 1837 geht keineswegs hervor, daß das Ministe-

Endlich den weitern Einwurf anbelangend, daß, wenn die Ansicht der Kreisregierung die richtige wäre, der in §. 40 der G. O. vorgesehene Fall einer noch des Ausschlags bedürftigen Stimmengleichheit nur da, wo wirklich alle Mitglieder des Ausschusses erschienen, möglich wäre, so läßt sich dagegen wohl mit Grund bemerken:

a) daß es hier, wo es sich darum handelt, den Willen des Gesetzes zu erkennen, gar nicht darauf ankommen könnte, wie oft der im Gesetze vorgesehene Fall eintreten könnte; indem eine umsichtige Gesetzgebung auch schon für selten vorkommende Fälle Vorsorge trifft. Ist doch auch in §. 41 der G. O. dem Bürgermeister in der Gemeindeversammlung bei Stimmengleichheit die entscheidende Stimme eingeräumt, und doch ist es hier unbestritten, daß zur Gültigkeit eines Gemeindebeschlusses die absolute Mehrheit der Stimmen aller stimmfähigen Gemeindebürger erforderlich ist, und doch wäre anzunehmen, daß in weit weniger Fällen sämmtliche Gemeindebürger zusammenkommen, als sämmtliche Mitglieder des größern Ausschusses!

b) Daß es ganz unrichtig ist, daß der im Gesetze vorgesehene Fall der Stimmengleichheit nur da eintreten könnte, wo sämmtliche Mitglieder des Ausschusses erschienen. Dieser Fall könnte vielmehr bei jeder Versammlung, bei welcher die gesetzlich erforderliche Zahl sich einfindet, vorkommen. Man setze den Fall: der größere Ausschuß besteht aus neunzig Mitgliedern. Die gesetzlich erforderliche Anzahl, welche, um einen gültigen Beschluß fassen zu können, erscheinen müßte, wäre sechzig. Zur Gültigkeit des Beschlusses wären aber 46 Stimmen nöthig, Stimmengleichheit aber vorhanden, wenn 45 Stimmen für den Beschluß sich aussprechen, und befände sich nun unter diesen 45 Stimmen jene des Bürgermeisters, so wäre ein gültiger Beschluß gefaßt. Ueber die Richtigkeit dieser Ansicht kann kaum ein Zweifel seyn, wenn man die Verhandlungen der zweiten Kammer vom Jahr 1831 über die §§. 36 und 37 der G. O., 10s Heft S. 2—22 durchliest, wornach die nicht erschienenen Gemeindebürger nicht als der Mehrheit der erschienenen beistimmend angesehen werden können, sondern anzunehmen ist, daß sie derselben nicht beigestimmt.

Durch die seitherige Darstellung glaube ich nun dargethan zu haben, nicht allein, daß zur lebenslänglichen Anstellung des Stadtverrechners Daler, mit Anspruch auf Pension, die Zustimmung des größern Bürgerausschusses nöthig gewesen, sondern auch, daß ein gültiger Beschluß des größern Ausschusses hierüber nicht vorgelegen, daß sohin solchem auch die Staatsgenehmigung nicht ertheilt werden konnte.

Was nun aber die Frage noch betrifft, in wiefern — die Gültigkeit eines Beschlusses des größern Ausschusses vorausgesetzt — es angemessen war, demselben die Staatsgenehmigung zu ertheilen oder zu versagen? so ist meine Ansicht darüber folgende: die Staatsbehörde hat bei Erwägung dieser Frage, so wie der größere Ausschuß bei der Fassung seines Beschlusses, lediglich das Interesse der Stadtgemeinde ins Auge zu fassen. Die Stadt Karlsruhe nun, welche noch eine bedeutende Schuldenmasse hat, die zur Bestreitung ihrer Gemeindsbedürfnisse nicht allein bedeutende Umlagen, sondern auch noch Octroigefälle nöthig hat, scheint mir allen Grund zu haben, sparsam zu seyn, und ohne besondere Gründe neue Lasten nicht auf sich zu nehmen. Als einen solchen besondern Grund hätte man in dem vorliegenden Fall etwa den Umstand gelten lassen können, daß die Stadt Karlsruhe einen tüchtigen oder tauglichen Verrechner unter den seitherigen Bedingungen nicht hätte erhalten können. Dieses Umstandes geschah aber hier nicht allein keiner Erwähnung, sondern es ist wohl auch mit Gewißheit anzunehmen, daß es in der Residenzstadt Karlsruhe an Bürgern, welche die erforderlichen Eigenschaften zur Führung dieses Dienstes besitzen und zur Uebernahme desselben unter den frühern, gleichfalls nichts weniger als ungünstigen Bedingungen bereit gewesen wären, nicht fehlt *). Erwägt man nun hiezu, daß die

rium des Innern den §. 37 Nr. 2 auf den großen Ausschuß anwendbar gehalten habe. Konsequent mit der in Bezug auf §. 37 Nr. 3 gegebenen Entscheidung mußte das Ministerium des Innern wohl annehmen, daß beim großen Ausschuß das Erscheinen von ⅔ der Mitglieder nicht erforderlich sei, sondern es wie nach §. 136 beim kleinen Ausschuß an dem Erscheinen von mehr als der Hälfte schon genüge. In Bezug auf die Wahlen, welche der große Ausschuß vorzunehmen hat, ist nun aber durch den §. 7 des Gesetzes vom 3. August 1837 etwas Singuläres bestimmt. D. R.

*) Es würden sich ohne Zweifel Viele finden, die den Dienst unter den frühern Bedingungen zu übernehmen bereit wären. Eine andere Frage ist es aber: ob sich gleich Tüchtige finden würden, und ob sie, wenn dies der Fall wäre, nicht alsbald die gleichen Ansprüche wie D. erheben, oder ein anderes sichereres Unterkommen suchen würden?

Ob diese und andere Rücksichten für eine Art Unentlaßbarkeit und für gewisse Pensionsansprüche von Gewicht seien, und welcher Einfluß ihnen zukomme? — dies ist die allgemeine Frage der Dienerpragmatik, über die schon so unendlich viel pro und contra gesagt und geschrieben wurde.

In Bezug auf die Staatsdiener hat unsere Gesetzgebung die Vortheile eines stabileren Dienstverhältnisses anerkannt, in Bezug auf die Bürgermeister und Gemeinderäthe aber in Anerkennung des Uebergewichts der Gegengründe sogar eine periodische Wahlerneuerung vorgeschrieben, und in Bezug auf die Gemeinderechner und Rathschreiber wegen Verschiedenheit der Verhältnisse die Sache der besondern Bestimmung in jeder einzelnen Gemeinde überlassen.

Dies vorausgesetzt, wird man nun annehmen dürfen, daß in den großen Städten, wo der Dienst des Gemeinderechners und des Rathschreibers eine besondere Geschäftskenntniß und die volle Thätigkeit eines Mannes in Anspruch nimmt, die Gründe, auf welchen die Pragmatik der Staatsdiener beruht, überwiegend seien, daß

Staatsbehörde bei Ertheilung der Staatsgenehmigung zu Gemeindsbeschlüssen in zweifelhaften Fällen mit Recht auf die größere oder geringere Majorität, womit der Beschluß gefaßt worden, Rücksicht nimmt, so möchte — auch abgesehen von der Gültigkeit des hier in Frage stehenden Beschlusses — die Kreisregierung bei der so bedeutenden Minorität hinreichenden Grund gehabt haben, die Staatsgenehmigung nicht zu ertheilen.

2) Dagegen bin ich mit den beiden Erlassen des großh. Ministeriums des Innern darin einverstanden, daß es zur Festsetzung des Gehalts des Gemeinderechners allein der Zustimmung des größern Ausschusses, beziehungsweise der Gemeinde nicht bedarf. Die Regierung des Mittelrheinkreises hat bereits früher, in der Hauptsache gestützt auf dieselben Gründe, in einem Falle, welcher in Nr. 45 der Annalen des Jahrg. 1836 mitgetheilt worden ist und worauf sich in der Note zu dem Aufsatz in Nr. 44 der Annalen des Jahrg. 1837 berufen wird, ganz dasselbe erkannt. Allein damals handelte es sich lediglich um den Gehalt des Gemeinderechners, nicht aber auch, wie hier, um die Ernennung. Mit dieser Bemerkung wird auch der Widerspruch, den vielleicht Mancher beim Lesen des letztern Aufsatzes zwischen der frühern Regierungsverfügung und der neuern wegen der Ernennung und Gehaltsbestimmung des Stadtrechners Daler zu finden versucht seyn dürfte, gehoben seyn.

Schmitt.

III.

Hofgericht am Unterrhein.

Beweiskraft einer Schuldurkunde, welche nur von einem der Schuldner unterzeichnet ist. (L. R. S. 1322).

A. foderte Namens seiner Frau von dem B. ein Darleihen von 100 fl. nebst Zins vom 4. Februar 1835 zu 5 Prozent zurück, und führte zur Begründung dieser Klage an, daß der Beklagte B. und der C. am 4. Februar 1835 von der Frau des Klägers, als sie noch ledig gewesen, ein Darleihen von 100 fl. vorgezählt erhalten hätten, und daß hierauf eine Urkunde, lautend:

„Wir Endesunterschriebene beurkunden, von der N. N. ein Darleihen von 100 fl. erhalten zu haben, und verpflichten uns in solidum, d. h. Einer für den Andern haftend, es zu verzinsen und auf Anfordern zurückzuzahlen"

daher die Beschränkung der Entlaßbarkeit mit bedingter Pensionszusicherung den Vorzug verdiene, und ein darauf gehender Beschluß der Gemeindebehörden zu billigen sei, wogegen in kleineren Orten bei einer einfacheren Verwaltung, wo eine geringere allgemeiner verbreitete Befähigung hinreicht und der Dienst nur eine Nebenbeschäftigung des Mannes ausmacht, die nämlichen Gründe nicht in demselben Maaße vorhanden und die Gegengründe überwiegend sind. D. R.

ausgefertigt und von dem Beklagten B. unterzeichnet worden sei.

Der Beklagte gab zu, die Urkunde unterzeichnet zu haben, er behauptete jedoch, das Darleihen wäre nicht ausbezahlt worden und nicht zu Stande gekommen; er und der Mitschuldner C. hätten zwar von der Frau des Klägers Wein gekauft und wären derselben einen Rest schuldig geblieben; allein es hätte noch darüber abgerechnet werden sollen, er habe die Urkunde unterschrieben, in der Unterstellung, daß der in der Schuldurkunde genannte Betrag der berechnete Restbetrag wäre, da nun aber C. nicht unterzeichnet hätte, so wäre die Berechnung von diesem nicht anerkannt und die Schuld nicht richtig.

Auf gepflogene Verhandlungen wies der Unterrichter den Kläger aus dem Grunde ab, weil man wegen mangelnder Unterschrift des Mitschuldners das Rechtsgeschäft als nicht perfekt ansehen könnte.

Auf die von dem Kläger ergriffene Appellation wurden bei der Berathung in dem II. Senate des hiesigen Gerichtshofes folgende Meinungen geäußert:

1) ein Votant trat der Meinung des Unterrichters bei;

2) ein anderer Votant sagte: der L. R. S. 1203 gestattet dem Gläubiger, jeden Sammtschuldner auf das Ganze zu belangen, die Klage ist also gegen den B. auf das Ganze begründet; sie ist aber auch gegen diesen bewiesen; denn gemäß §. 434 der P. O. wird durch die Anerkennung der Aechtheit der Unterschrift auch die Aechtheit des Inhalts der Urkunde nachgewiesen, womit auch die Bestimmungen der L. R. S. S. 1322 und 1319 übereinstimmen, es ist also gegen den B. durch den Inhalt der Urkunde bewiesen, daß er und noch ein Schuldner ein gemeinschaftliches Darleihen machten, und darauf, wer dieser Mitschuldner sei, kommt es bei dem Rechtsstreit gegen den B. gar nicht an, da dieser zufolge S. 1203 auf das Ganze belangt werden kann, B. muß daher das Ganze bezahlen;

3) ein anderer Votant sagte: die Uebernahme der Sammtverbindlichkeit ist ein Accessorium, das Darleihen ist die Hauptsache; jene Verbindlichkeit besteht nur, wenn diese gültig und außer Zweifel ist; ein von Zweien aufgenommenes Darleihen muß in der Regel als zu gleichen Theilen aufgenommen angesehen werden, demnach bewirkt die Anerkennung der Unterschrift des B. nur den Beweis der Schuld des B., d. i. von 50 fl. und die Uebernahme der Sammtverbindlichkeit für die Schuld des C.; diese Schuld des C. ist aber nicht bewiesen, also ist auch die Sammtverbindlichkeit dafür unwirksam; der Kläger hat demnach nur 50 fl. nebst Zins zu fodern, mit den andern 50 fl. ist er abzuweisen;

4) eine vierte Meinung ging von denselben Grundsätzen aus, wie die dritte, sie hielt jedoch den Fall für geeignet, wegen der andern Hälfte, gemäß L. R. S. 1367, der Frau des Klägers den Erfüllungseid aufzuerlegen, weil für die Schuld des C. einiger Beweis darin liege, daß nämlich der Kläger und der Beklagte in der Person des Mitschuldners einig sind, daß die gegen den Beklagten geltende Urkunde von mehr als einem Schuldner spricht, und daß der Beklagte zugestand, daß der C. dem Kläger etwas schuldig sei, er aber nur nicht wisse wie viel.

Die vierte Meinung erhielt zuletzt die Majorität für sich, und nach ihr wurden Entscheidungsgründe und Urtheil abgefaßt.

Sommer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. — Nro. 3. — Karlsruhe den 20. Januar 1838.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Sind die Urtheile der französischen Gerichte im Großherzogthum vollstreckbar? Auslegung der §§. 952, 953 der Prozeßordnung.

Ueber diese Frage haben sich verschiedene Ansichten in dem zweiten Senate des Gerichtshofes gebildet, welche in den nachstehenden Urtheilen niedergelegt sind:

I. Hofgerichtlicher Zwischenbescheid vom 23. April 1836, Nr. 2174.

In Sachen
des ehemaligen Handelsmanns L. H. B. *Pouget* zu Paris, Klägers, Appellanten,
gegen
M. Charlier *Lamartinière* zu Baden, Beklagten, Appellaten, Wechselforderung von 7638 francs 45 centimes nebst 6% Zinsen vom 30. fructidor an 11 und Kosten ad 190 fr. 46 cent. betreffend,

wird auf gesetzmäßige Appellationsverhandlungen zu Recht erkannt:

Würde Apellant binnen 28 Tagen, des Gegentheils Gegenbeweis innerhalb gleicher Frist vorbehalten, bei Vermeidung des Ausschlusses ꝛc. rechtsgenüglich nachweisen:

daß die königlich französischen Gerichte in ähnlichen Fällen, wie der vorliegende, die Urtheile der großherzoglich badischen Gerichte ebenfalls vollziehen;

so soll sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, weiter ergehen, was Rechtens.

V. R. W.

Entscheidungsgründe.

Das Gesuch des Klägers ist auf Vollstreckung eines von dem Handelsgericht zu Paris erlassenen Versäumungserkenntnisses vom 8. fructidor des Jahres 12 der französischen Republik gerichtet, welches den Beklagten solidarisch mit einem gewissen Brisseau verurtheilte, an den Kläger auf den Grund eines ausgestellten Wechsels die Summe von 7638 francs, 45 centimes nebst Zinsen vom Tag der Klage zu bezahlen.

Da der Beklagte die Existenz und den Inhalt des gedachten Urtheils einräumt, und nur die Vollziehbarkeit desselben auf den Grund der §§. 951 — 953 der Prozeßordnung bestritten, ferner die Einrede der 30jährigen Verjährung vorgeschützt hat; so fragt es sich:

1) ist das vorliegende Gesuch an sich gesetzlich begründet?
2) wird dasselbe durch die entgegengesetzten Einreden elidirt?

Ad 1. hat sich Kläger auf §. 952 Nr. 3 der Prozeßordnung, in Verbindung mit der Bekanntmachung des großherzoglichen Justizministeriums vom 10. November v. J. (im Regierungsblatt Nr. 62) berufen, wornach auf Vorlage eines im Auslande gegen Inländer oder Ausländer gefällten Urtheils und Bitte um Vollstreckung diese nach Vorladung der Parteien verfügt werden solle; wogegen Beklagter, auf dem in dem Gesetze vorkommenden Wort Verlangen bestehend, die Erheblichkeit der gedachten Bekanntmachung und folgeweise die Zulässigkeit des klägerischen Gesuches bestreitet.

In Erwägung jedoch, daß der §. 952 Nr. 3 der Prozeßordnung, nach seiner wörtlichen Fassung, den Forderungen der Sprachrichtigkeit, dem Zusammenhang des ganzen Gesetzes und den Motiven desselben nicht entspricht, aus letztern (wie solche in dem Archive für die badische Rechtspflege und Gesetzgebung II. Band, Seite 102 ff. nebst dem Entwurfe dieses Titels der Prozeßordnung abgedruckt sind) sich vielmehr ergibt, daß statt des Ausdrucks „auf Verlangen eines Urtheils" der „auf Vorlage eines Urtheils" gebraucht werden wollte, weil es keinen Unterschied machen konnte noch sollte, ob das ausländische Gericht oder die betheiligte Partei die Vollstreckung verlange, der Gesetzgeber vielmehr nur die zwei Fälle unterscheiden wollte, wo das ausländische Gericht über seine Staatsangehörigen erkannt hatte oder nicht; weshalb hier offenbar in der officiellen Ausgabe des Gesetzbuchs ein Druckfehler unterlaufen ist, was auch in der Bekannt-

machung des großherzoglichen Justizministeriums anerkannt zu seyn scheint, obwohl sich diese hohe Stelle zu einer authentischen Interpretation des Gesetzes nicht bewogen gefunden hat: aus diesen Gründen hat das Gericht keinen Anstand genommen, den Sinn entstellenden Ausdruck des Gesetzes nach der Intention des Klägers zu verbessern, und hienach das Gesuch desselben an sich ohne weitere Nachfrage über die Competenz des ausländischen Gerichts oder die Rechtskraft des fraglichen Urtheils für begründet zu halten, weil diese Voraussetzungen des Gesetzes auf ausländische Urtheile gegen die eigenen Staatsangehörigen nicht anwendbar sind (§. 952 Nr. 1 und 2 der Prozeßordnung), der Beklagte aber zur Zeit der Urtheilsfällung anerkanntermaßen französischer Staatsbürger gewesen ist.

Ad 2. Die Einrede des Beklagten aus §. 953 der Prozeßordnung, daß die königlich französischen Gerichte eine gleiche Willfährigkeit bei Vollstreckung der Urtheile badischer Gerichte nicht beobachten, ist nach Inhalt des angeführten Gesetzes begründet, und es mußte deßhalb dem Kläger die erforderliche Nachweisung auferlegt werden, wobei dem Beklagten der Gegenbeweis vorbehalten wurde, welcher sich auf die in der mündlichen Verhandlung aufgestellte Behauptung zu erstrecken hat, daß das vorliegende Urtheil schon nach allgemeinen Bestimmungen der französischen Gerichtsordnung die Vollziehbarkeit wegen Ablaufs der Zeit verloren habe.

Das Erkenntniß über die weitere Einrede der 30jährigen Verjährung bleibt vorbehalten; eine desfallsige Beweisauflage war aber überflüssig, weil das Datum des Urtheils nicht bestritten ist, und der Kläger bereits erheblichen Beweis über die Unterbrechung der Verjährung durch gerichtliche Handlungen gegen den Sammtschuldner Brisseau angetreten hat (vergl. L. R. S. 2219), welcher seiner Zeit erforderlichen Falls noch durch Production der bezüglichen Urkunden zu erheben ist.

Hiernach wurde, wie geschehen, erkannt, und der Kostenpunkt nach §. 173 der Prozeßordnung vorbehalten.

II. Zur Führung des ihm auferlegten Beweises legte hierauf der Kläger wörtlich nachfolgende Urkunde nebst einer deutschen Uebersetzung vor:

Ministère des affaires étrangères.

Direction du commercial et du contentieux.

B.^{au} du Contentieux.

Paris le 29. Juin 1836.

J'ai reçu, Monsieur, la lettre que vous m'avez fait l'honneur de m'écrire le 16. de ce mois. Vous m'y exposez, que les tribunaux du Grand Duché de Bade saisis par un Sr. Pouget, d'une demande en autorisation d'exécution sur le territoire Badois, d'un jugement rendu en France, ont repoussé la requête et motivent leur arrêt

1° sur ce que les tribunaux Français n'accorderaient pas l'exécution d'un jugement rendu dans le pays de Bade, et que la réciprocité étant un principe du droit des gens, les tribunaux Badois ne doivent pas avoir plus de condescendance pour nos jugemens que nos tribunaux n'en auraient pour les leurs.

Et 2° sur ce que le jugement dont il s'agit, serait frappé de peremtion en France, pour n'avoir pas été exécuté dans les six mois, ainsi que le prescrivent les dispositions de l'art. 156 du Code de procédure civile français.

Mais que cependant cette décision n'a été rendue que sous forme provisoire, le tribunal de Carlsruhe auprès duquel l'instance avoit été produite ayant accordé au demandeur un délai de quatre semaines pour faire telles justifications qui établiraient le mal fondé de l'arrêt.

En conséquence, et pour pouvoir satisfaire à l'obligation qui vous est imposée, vous me priez de vous délivrer une déclaration qui met le tribunal de Carlsruhe en demeure de connaître pertinemment

1° les prescriptions de la législation Française, quant à l'exécution sur notre territoire, des jugemens rendus par un tribunal étranger;

2° la valeur réelle qu'aurait devant nos tribunaux, dans son application au jugement qui nous occupe, l'art. 156 du Code de procédure civile.

Pour ce qui est d'abord de l'exécution en France, des jugemens rendus en pays étranger, il est hors de doute que notre législation l'admet en principe, et la preuve s'en tire des articles 546 du Code de procédure civile et 2123 du Code civil, ainsi conçus:

Article 546. Les jugemens rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans les cas prévus par l'article 2123 du Code civil.

Article 2123. L'hypothèque ne peut résulter des jugemens rendus en pays étranger, qu'autant qu'ils ont *été déclaré exécutoires* par un tribunal Français, sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités.

Ainsi, en principe et en droit, le législateur a laissé les tribunaux libres et maîtres d'accorder

l'execution sur notre territoire des jugemens rendus en pays étranger. Voici maintenant, quant à l'application, les règles et les usages suivis par nos tribunaux. Les assertions de mon département à cet égard, reposent sur les informations qu'il a reçues du Département de la Justice.

Les tribunaux Français, saisis d'une requête en exequatur d'un jugement rendu en pays étranger, maintiennent intacte la souveraineté de la justice du pays; ils n'admettent l'instance qu'après que le demandeur a assigné sa partie adverse devant eux et reconnu ainsi leur jurisdiction et leur droit à réviser au fonds le jugement dont on leur demande l'exécution. Mais si ce jugement ne statue que sur des intérêts privés, si l'équité de ses dispositions ne présente aucune incertitude, et si ces mêmes dispositions n'ont rien de contraire au droit public français, il est d'usage constant que le tribunal en ordonne l'exécution pure et simple.

Quant à la peremption qui vous serait opposée par le tribunal de Carlsruhe, et qui proviendrait des dispositions de l'article 156 du Code de procédure civile, il suffit pour la combattre de se raporter à la date de la Loi qui l'on invoque, laquelle a été décrétée le 14. avril 1806, c'est-à-dire deux ans environ après le jugement rendu contre le Sr. Lamartinière, et dont l'exécution par conséquent est restée soumise à la loi antérieure. Or cette loi antérieure n'était autre que l'article 12 du titre 12 de l'ordonnance de Louis XIV. de 1673, spéciale aux matières commerciales et qui portait que les procédures de la jurisdiction consulaire seraient faites suivant ce qui était prescrit par le titre XVI de l'ordonnance d'avril 1667, qui disait que les jugemens rendus par défaut voudraient comme jugemens contradictoires et définitifs dans les cas où le defaillant, contre lequel ils auraient été rendus, ne se pourvoirait pas à l'audience suivante en sommant celui qui avait obtenu le defait, à comparaître et en offrant de plaider sur le champ.

Ainsi, il est certain que si la question s'engageait devant un tribunal français, ce tribunal repousserait l'application de l'article 156 du Code de procédure civile, comme ne pouvant régler les effets d'un jugement prononcé sous l'empire d'une autre législation.

Recevez, Monsieur, l'assurance de ma parfaite considération.

A. Thiers.

A Monsieur Audoin, avoué.

Diese Urkunde war von der großherzoglichen Gesandtschaft in Paris legalisirt. Ihr wesentlicher Inhalt stimmte auch mit dem Gutachten dreier Pariser Advocaten überein, welches von dem Kläger ebenfalls producirt wurde.

Nach gepflogener Verhandlung ergieng der weitere

III. hofgerichtliche Zwischenbescheid vom 3. December 1836 Nr. 6393, womit erkannt wurde:

daß der von dem Kläger durch Vorlage eines Schreibens des französischen Ministers der auswärtigen Angelegenheiten d. d. Paris den 29. Juni 1836 angetretene Beweis, Einwendens ungeachtet, für zulässig und erheblich zu erklären, sofort dem Beklagten aufzugeben sei, die ihm etwa noch zustehenden Einwendungen gegen die Rechtmäßigkeit des Urtheils des Handelsgerichts zu Paris vom 8. thermidor des Jahrs 12 der französischen Republik binnen 28 Tagen unter dem Rechtsnachtheile dahier vorzutragen, daß sonst auf Anrufen des Klägers über dessen Vollstreckungsgesuch nach Lage der Akten endlich erkannt werden soll.

Entscheidungsgründe.

Kläger hat den durch hofgerichtlichen Zwischenbescheid vom 23. April l. J. auferlegten Beweis mittelst zweier Urkunden, nämlich eines Schreibens des französischen Ministers der auswärtigen Angelegenheiten und eines Gutachtens dreier Pariser Advocaten zu führen versucht. Beklagter hat gegen die Form dieser Urkunden eingewendet, daß sie nicht officieller Natur, und nicht von der competenten Behörde ausgestellt seien, und gegen den Inhalt, daß dieser mehr gegen als für den Kläger beweise, daß nämlich die französischen Gerichte die Urtheile ausländischer Staaten nicht schon unter den Voraussetzungen der badischen Prozeßordnung, sondern erst nach vorgängiger Prüfung der Materialien für vollzugsreif erklären.

Aus den vom Kläger bei der mündlichen Verhandlung vom 26. November d. J. vorgelegten Urschriften der erwähnten Urkunden (welche Beklagter als solche anerkannt hat) ergiebt sich übrigens, daß sie allerdings förmliche Beurkundungen des darin vorgetragenen Inhalts vorstellen sollen; insbesondere ist das Schreiben des französischen Ministers, unter der Firma seines Ministeriums ausgefertigt, an den Advocaten Audoin als Anfragenden gerichtet, und enthält die Bemerkung, daß die Erklärungen des Ministeriums auf die von dem Justizministerium eingezogenen Erkundigungen sich gründen. Diese von der großherzoglich badischen Gesandtschaft legalisirte Urkunde ist daher in jeder Hinsicht als eine öffentliche zu betrachten, und um so glaubwürdiger, als die in Frage stehende Reciprocität der bei Vollstreckung ausländischer Urtheile geltenden Grundsätze nicht wohl durch einzelne Entscheidungen

französischer Gerichte, sondern in Ermanglung klarer Gesetze nur durch officiellen Ausspruch des competenten Ministeriums dargethan werden kann.

Die in dem Erlaß des französischen Ministeriums angezogene französische Gesetzgebung, nämlich der Art. 2123 des Code civil (Landrechtssatz 2123) sagt aber nur, daß die Urtheile ausländischer Staaten von einem inländischen Gerichte für vollziehbar erklärt werden können und müssen, ehe sie in Frankreich rechtliche Wirksamkeit erhalten, ohne sich über die Bedingungen auszusprechen, unter welchen solche Urtheile für vollziehbar erklärt werden sollen. Als solche Bedingungen werden nun in der vorliegenden Urkunde des französischen Ministeriums angeführt, daß das ausländische Urtheil nur über Privatinteressen verfüge, die Rechtmäßigkeit seiner Bestimmungen keinem Zweifel unterliege, und das öffentliche Recht des französischen Staates dadurch nicht verletzt werde.

Die französische Gesetzgebung erkennt daher im Allgemeinen den Grundsatz der Vollziehbarkeit ausländischer Urtheile an, wie auch die Schriftsteller über diese Gesetzgebung, insbesondere Zachariä Handbuch des französischen Civilrechts 3te Auflage §. 32 bestätigen, geht aber offenbar weiter als die badische im §. 952 der Prozeßordnung, indem sich die französischen Gerichte nicht blos auf die Prüfung der ausländischen Competenz und der Rechtskraft des Urtheils zu beschränken, sondern die rechtliche Begründung des Urtheils selbst, nach Vernehmung des Beklagten, zu erwägen haben.

Eine gleiche Willfährigkeit bei Vollstreckung ausländischer Urtheile wie nach den Bestimmungen der badischen Prozeßordnung wird daher von den französischen Gerichten nicht beobachtet, und es möchte insofern scheinen, daß der §. 953 der Prozeßordnung dem Begehren des Klägers unbedingt entgegenstände. Allein dieses Gesetz stellt nur im Allgemeinen den Grundsatz der Wechselseitigkeit bei Vollziehung ausländischer Urtheile auf und verlangt, daß der ausländische Staat die Urtheile der badischen Gerichte ebenfalls vollziehe, aber nicht, daß es unter den nämlichen Bedingungen geschehe, wie die Urtheile ausländischer Staaten in Baden vollzogen werden. Es genügt also in Bezug auf §. 953 der Prozeßordnung, daß der betreffende ausländische Staat nur überhaupt den Grundsatz der Vollziehbarkeit ausländischer Urtheile anerkenne, um eine gleiche Vollziehbarkeit für die Urtheile dieses Staates im Großherzogthum ansprechen zu können, jedoch nur unter den gleichen Bedingungen, welche jener Staat in dieser Beziehung festsetzt.

Wenn also der französische Staat nach seinen Gesetzen und Rechtsgewohnheiten den Grundsatz der Vollziehbarkeit ausländischer Urtheile zwar im Allgemeinen anerkennt, jedoch seinen Gerichten die Prüfung der gedachten Urtheile nicht blos in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht überläßt, so konnte das vorliegende Vollstreckungsgesuch des Klägers auf den Grund der im §. 953 der Proceßordnung ausgesprochenen Wechselseitigkeit nicht unbedingt verworfen, sondern es mußte dem Beklagten freigestellt werden, seine etwaigen Einwendungen gegen die rechtliche Begründung des zu vollstreckenden Urtheils des Handelsgerichts zu Paris vom 8. thermidor des Jahrs 12 der französischen Republik jetzt noch vorzutragen, da sich das bisherige Verfahren nur über die Erfordernisse des §. 952 der Prozeßordnung zu erstrecken hatte.

Was das von dem Kläger vorgelegte Gutachten der Pariser Advocaten betrifft, so konnte darauf, als solches, wegen Mangels der öffentlichen Autorität, formell keine Rücksicht genommen werden, wiewohl dasselbe mit dem ministeriellen Schreiben dahin übereinstimmt, daß die französischen Gerichte, den Grundsatz der Vollziehbarkeit der ausländischen Urtheile anerkennend, letztere auch hinsichtlich der Materialien einer Prüfung unterwerfen, bevor sie dieselben für vollzugsreif erklären.

Aus diesen Gründen ist durch Zwischenbescheid wie geschehen erkannt worden.

Nachdem Beklagter in formeller und materieller Beziehung Einreden gegen jenes Urtheil vorgebracht hatte, und weitere Verhandlungen gepflogen waren, wurde — theilweise von andern Votanten —

IV. das hofgerichtliche Urtheil vom 30. October 1837 Nr. 10,557 gefällt, wodurch der Bescheid des Bezirksamts Baden vom 21. October 1835, besagend:

die Klage und das darin gestellte Begehren um Ertheilung eines Vollzugsdecrets des Urtheils des Handelsgerichts zu Paris d. d. 8. thermidor des Jahres 12 der französischen Republik findet nicht statt, und es wird der Kläger in die Kosten verfällt,

lediglich bestätigt, und Appellant auch in die Kosten dieser Instanz verfällt wurde.

Die Entscheidungsgründe lauten so:

Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist die Beantwortung der Frage präjudiziell, ob und unter welchen Voraussetzungen das Urtheil eines französischen Gerichtshofes im Großherzogthum zu vollstrecken ist. Da hierüber weder ein Staatsvertrag Maß gibt, noch eine auf den Grund der Gegenseitigkeit von der großherzoglichen Regierung erlassene Vorschrift besteht, so kommen die §§. 952 und 953 der Prozeßordnung zur Anwendung.

Der erstere §. verordnet, daß auf Ersuchen eines ausländischen Gerichts, oder auf Vorlage seines Urtheils, nach Vernehmung des Beklagten, die Vollstreckung so vorgenommen werden soll, als wäre die Vollstreckbarkeit von

einem inländischen Gericht erklärt, jedoch — sofern der Beklagte ein Inländer ist, oder zwar ein Ausländer, aber nicht Angehöriger jenes fremden Staates — nur, wenn dargethan ist, daß, nach inländischen Gesetzen beurtheilt, die fremde Gerichtsbarkeit begründet war, und das Urtheil Rechtskraft erlangt hat.

Auf diese Weise hat die neueste badische Gesetzgebung, der Idee eines allgemeinen Völkerstaates huldigend, höchst einfache und klare Bestimmungen getroffen, welche der rechtlichen Natur eines endgültigen richterlichen Urtheils völlig entsprechen, da den inländischen Gerichten weder zur Pflicht gemacht, noch die Befugniß eingeräumt wurde, das Urtheil des ausländischen Richters, seinem materiellen Gehalte nach, ihrer Prüfung zu unterwerfen.

Nur im Falle der Kläger ein Ausländer ist, und der Beklagte vorschützt, daß von dem auswärtigen Staate eine gleiche Willfährigkeit nicht beobachtet werde, soll — nach der Vorschrift des §. 953 der Prozeßordnung — vorerst dem Kläger die Nachweisung abgefordert werden, daß der ausländische Staat in ähnlichen Fällen die Urtheile der badischen Gerichte ebenfalls vollziehe. Es ist demnach die Wohlthat des Gesetzes für den Ausländer, wie billig, an die Reciprocität geknüpft, aber keineswegs den badischen Gerichten zur Obliegenheit gemacht, das im vorhergehenden §. 952 aufgestellte Princip in diesem Falle zu verlassen, sich die Gesetze und Rechtsgewohnheiten des fremden Staates zur Richtschnur zu nehmen, und die Regeln, welche dort bei dem Vollzug der Urtheile auswärtiger Gerichte angewendet werden, zu befolgen, gleich als wären sie von dem inländischen Gesetzgeber vorgeschrieben.

Eine solche Auslegung des §. 953 entspräche einmal dem Wortlaute des Gesetzes nicht; denn hienach hat der Beklagte das Recht, den Beweis der Reciprocität schlechthin zu verlangen, nicht nur wenn er behauptet, daß der auswärtige Staat gar keine Willfährigkeit übe, sondern sobald er nur in Abrede zieht, daß das Ausland eine gleiche Willfährigkeit beobachte. Unter dieser „gleichen Willfährigkeit" kann keine andere verstanden werden, als die im §. 952 erwähnte, wie die ausdrückliche Bezugnahme des §. 953 auf die „Fälle des vorigen §." beweiset. Ebenso sind die Schlußworte des §. 953

„daß der auswärtige Staat in ähnlichen Fällen die „Urtheile der badischen Gerichte ebenfalls vollziehe,"

auf die Fälle des vorigen §. 952 zu beziehen. Der Kläger muß nämlich nachweisen, daß der auswärtige Staat in ähnlichen Fällen, d. h., sobald nur der Beklagte vernommen, (Fall des §. 952 Nr. 1) beziehungsweise die Competenz und Rechtskraft dargethan ist (Fall des §. 952 Nr. 2), die Urtheile badischer Gerichte vollstrecke.

Sodann kann es nicht in der Absicht der badischen Staatsgesetzgebung gelegen seyn, sich der Machtvollkommenheit in diesem Punkte gänzlich zu entäußern, und die Gerichte zum Voraus an die bestehenden und künftigen Gesetze und Rechtsgewohnheiten des Auslandes in dieser Lehre zu verweisen, gleichviel ob sie den im Großherzogthum geltenden staats- und privatrechtlichen Principien widerstreiten oder nicht. Dieß wäre aber die Folge einer Gesetzesauslegung, wornach es genügte, daß der fremde Staat nur überhaupt den Grundsatz der Vollziehbarkeit ausländischer Urtheile anerkenne, um eine gleiche Vollziehbarkeit für seine Urtheile, wenn auch nur unter den von ihm selbst festgesetzten Bedingungen, ansprechen zu können.

Wollte man aber auch hievon absehen und jene Deutung des Gesetzes für die richtige annehmen, so hätte der Kläger doch den ihm in Gemäßheit des §. 953 der Prozeßordnung auferlegten Beweis nicht geführt, und es müßte sein Gesuch dennoch verworfen werden. Denn Frankreich erkennt in der That den Grundsatz der Vollstreckbarkeit ausländischer Urtheile nur scheinbar an.

Bekanntlich drückt sich die königlich französische Ordonnance vom Januar 1629 im Artikel 121 so aus:

„Les jugemens rendus — ès royaumes et sou„verainetés étrangères, *pour quelque cause que* „*ce soit*, n'auront aucune hypothèque *ni exécu*„*tion* en notre royaume: — et non obstant les „jugemens, nos sujets, contre lesquels ils au„ront été rendus, pourront *de nouveau débattre* „*leurs droits*, COMME ENTIERS, devant nos of„ficiers."

Der Inhalt dieser Ordonnance läßt darüber keinen Zweifel übrig, daß das Urtheil eines ausländischen Gerichts in Frankreich ohne alle Wirkung seyn soll. So wurde sie auch nach dem Zeugnisse der bewährtesten Rechtslehrer stets ausgelegt.

Auf den Grund eines arrêt des Parlaments zu Aix vom 28. Juni 1810 sprach sich dessen Präsident dahin aus, das Parlament habe entschieden:

„qu'on ne peut exécuter en France, contre des étrangers qui y sont réfugiés, les jugemens rendus dans une monarchie étrangère, *mais qu'il faut venir par nouvelle action contre eux.*"

Merlin questions de droit, m. jugement Nr. XIV. (4me. éd. Bruxelles 1829. Tom. 10. pag. 132.)

In den Conclusionen Merlins, auf welche das arrêt des Cassationshofes vom 18. pluviose des Jahres 12 der französischen Republik erging, wird gesagt:

„Pourquoi donc ces jugemens ont - ils été considérés par le parlement d'Aix, comme *insuffisans pour justifier les faits qu'ils énonçaient*, et qu'ils avaient pris pour base de leurs dispo-

sitions? — C'est parceque les jugemens rendus par les tribunaux étrangers ne sont en France *d'aucun poids* contre les Français, et qu'il faut que la cause y soit *de nouveau décidée.* — L'art. 121 dit en général, que ces jugemens n'auront aucune exécution en France; et assurement ces mots *aucune exécution* excluent toutes les manières de donner en France *un effet quelconque* à de pareils jugemens.“ — Und weiterhin pag. 134:

„Pour que l'on puisse *debattre comme entiers* les droits sur lesquels un jugement a statué, il faut necessairement qu'il soit réputé comme *non avenu.*“

Die neuere französische Gesetzgebung hat hieran nichts geändert; der Art. 121 der gedachten Ordonnance ist, als Verfassungsgesetz, fortwährend in Kraft, und wird überall noch angewendet.

Die in der Deklaration des französischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten vom 29. Juni 1836 angezogenen Art. 546 des Code de procédure und 2123 des Code civil besagen nur, daß ausländische Urtheile in Frankreich weder ein Pfandrecht begründen noch vollstreckt werden können, wenn sie nicht von einem französischen Gerichtshofe für vollziehbar erklärt sind. Allein sie legen den französischen Gerichten überall keine Pflicht auf, die Vollziehbarkeit auszusprechen, noch weniger setzen sie die Bedingungen fest, unter welchen dieß zu geschehen habe. Darum halten sich auch die französischen Gerichte, nach wie vor, an den in der Ordonnance von 1629 aufgestellten Grundsatz. Sie räumen dem Beklagten unbedingt das Recht ein, eine neue gerichtliche Verhandlung der Sache zu verlangen, gleich als ob diese von dem auswärtigen Gericht überall nicht entschieden wäre.

So beginnt das arrêt der Cour royale de Paris vom 27. August 1816, welches von dem Cassationshofe unterm 19. April 1819 bestätigt wurde, mit dem Entscheidungsgrund:

„Attendu que les jugemens rendus par les tribunaux étrangers, *n'ont pas d'effet ni d'autorité en France.* Merlin l. c. pag. 137.“

Ebenso lehrt *Toullier* le droit civil français (5me éd. Bruxelles 1824, tom. X. Nr. 82 pag. 75):

„L'étranger se trouve dans la même situation que s'il n'avait *point obtenu* de jugement dans son pays.“ — Nr. 84. Nos nouveaux Codes ont consacré et expliqué le principe établi par l'ordonnance de 1629. L'art. 546 du Code de procédure, les art. 2123 et 2128 du Code civil portent etc.“

Damit stimmt der Inhalt der Deklaration des königlich französischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten überein. Ganz im Sinne der Ordonnance von 1629 wird darin erklärt, daß die dortigen Gerichte, die Justizhoheit ihres Landes handhabend, ein Gesuch um Vollzugsreiserklärung nur dann zulassen, wenn der Kläger durch Vorladung des Beklagten ihre Gerichtsbarkeit und ihr Recht, den materiellen Gehalt des ausländischen Urtheils ihrer Prüfung zu unterwerfen (leur droit à *réviser au fonds* le jugement), anerkenne; und daß sie die Bitte nur dann gewähren, wenn bei dieser Prüfung die Rechtmäßigkeit desselben keinem Zweifel unterliege. Sie achten sich daher in keiner Weise an das ausländische Urtheil für gebunden, vielmehr ziehen sie, weit davon entfernt, in dem Urtheile des auswärtigen Staates die ihm zukommende praesumtio juris et de jure zu erblicken, die ganze Sache von Neuem vor ihren Richterstuhl. Finden sie sich auch bewogen, nach gepflogenen Verhandlungen dem Gesuche des Klägers zu entsprechen, so erklären sie zwar dem Worte nach das ausländische Urtheil, der Sache nach aber ihr eigenes für vollzugsreif.

Mit Grund kann man daher behaupten, daß Frankreichs Gesetzgebung und Gerichte das Princip der Vollziehbarkeit auswärtiger Urtheile nur scheinbar, in der That aber nicht anerkennen.

Die gleiche Willfährigkeit, wie sie der §. 953 der Prozeßordnung voraussetzt, wird dort keineswegs beobachtet.

Aus diesen Gründen mußte, nach Ansicht des §. 406 der Prozeßordnung, und ohne auf die Prüfung der weitern Einreden des Beklagten einzugehen, wie geschehen erkannt, und Kläger, als unterliegender Theil, in die Kosten beider Instanzen verfällt werden. Prozeßordnung §. 169.

v. Stockhorn.

II.

Ein launiges Wort über die ernste Frage nach dem wahren Strafrechtsprincip.

Da ist mir durch Zufall ein Schriftchen in die Hände gekommen: „Einige Worte zur Begrüßung des Entwurfs zu einem neuen Criminalgesetzbuche für das Königreich Sachsen. Leipzig, bei Kummer 1836,“ oder eigentlich von einem guten Freunde mit Gewalt in die Hände gesteckt worden. Mit gewissem Widerstreben guckte ich vor der Rückgabe hinein, denn ich bin nicht, wie er, Jurist ex officio, dann las ich ein Bischen darin, dann las ich weiter, dann las ich bis zu Ende, und nun schreibe ich da so ein Ding, das vielleicht wie eine Recension aussieht, aber nichts weiter ist, als ein offener Brief an alle Herrn Juristen, die vielleicht das Schriftchen noch nicht kennen (denn Alles kennt doch bisweilen ein Jurist

auch nicht, oft nicht einmal das eigentliche Rechtsprincip), daß sie es gefälligst zur Hand nehmen, darin lesen und, wie ich, ihre Freude am Gescheidterwerden haben mögen. Es ist von einem mir Unbekannten geschrieben, der mir aber ein recht lieber Mann geworden ist, und den ich mit gutem Gewissen als einen tüchtigen, ehrenfesten und im Kopfe völlig klaren Juristen und Philosophen rekommandiren kann; und je weniger ich vom Metier bin, desto unbefangener ist vielleicht meine Empfehlung. Ich will also, um den Herrn Juristen einigen Appetit zu machen, einen etwas umständlichen Avisobrief hier anzufertigen beginnen, und wenn ich, außer einfacher Andeutung des Inhalts, auch viel Lob und wenig Tadel mit einfließen lasse, so geschieht das unwillkührlich und aus purer Dankbarkeit. Denn dem Verfasser einer gut geschriebenen Schrift bin ich immer von ganzem Herzen mit Dank zugethan. Ich bin also wohl befangen, allein gerade deßwegen wünsche ich, daß die Herrn Juristen sich ebenfalls vom eigentlichen und allein wahren Rechtsprincip fangen lassen möchten; und wir sollen uns ja Funken und Samenkörner einander in die Seele streuen, denn ist auch all unser Wissen Stückwerk, so ist es doch das Nichtswissen noch weit mehr. Gesundheit, gut Wetter, Ruhe und Freude am Leben und ein tüchtiges Rechtsprincip, das sind denn doch, wie mir jeder Jurist zugestehen wird, Hauptsachen; und wenn ich ihm auch zu den andern nicht so in der Kürze verhelfen kann, wie zum letzten, daß ich nur auf ein Büchlein von 73 Seiten hinweise, so ist doch dieses für ihn, als Juristen, so viel werth als jene andern. Ich sehe freilich ein, daß, was der Leser thun sollte, ich nicht selbst thun sollte, sondern ihm überlassen, das Werkchen in Gedanken zu loben, aber — er hat es ja nicht, und ich werde ihm ja auch nicht das Lesen ersparen, sondern wünschte nur seinen Appetit und Lesetrieb so aufzuregen, daß er es nicht erwarten kann, einen Buchladen und das Buch zu finden; wenigstens soll nicht der Mangel an Andeutungen von meiner Seite allein die Schuld tragen, wenn er es übersieht.

Sogleich pag. 1 und 2 ist Alles gut und klar gedacht und recht schön gefaßt. Pag. 3 ditto; und wie er da gerade das Wort „Kategorien" hineinwirft, zeigt schon, daß ihm der richtige Sinn dieses Ausdrucks geläufig, und er mithin Philosophus ist, in der guten alten Bedeutung. Daß er die Entwicklung der Philosophie als den innersten Lebenspunkt des Strafrechts angiebt, und seine Definition der Philosophie ist recht schön, und wie sich bei uns Deutschen nun der Hauptkampf in der Theorie austoben muß. Wie das, was man Bedürfniß nennt, eigentlich Strafrechtstheorie sei, ist (pag. 5) so schön als kurz gezeigt. Und daß er nun sogleich den Nagel auf den Kopf trifft, mit der Frage über die Beziehung des Gesetzgebers zur Philosophie, das hat mir auch nicht schlecht gefallen. Und die Wichtigkeit, die er einem neuen Systeme der Philosophie in Deutschland beilegt, ist auch so schön und gründlich, als wo er (pag. 6) uns Deutsche wegen unserer abstracten Steckenreiterei lobt, daß es einem jeden Landeseinwohner wohl thun muß. Das von den Lebensfasern und der Rechtssitte hat mir auch gefallen, und das Lob der Rechtsphilosophie thut einem dann vollends so gut, als es muß, wenn man ein Deutscher und folglich ein geborner Philosoph ist. Daß er endlich gar (pag. 7) auf den „innersten Kern" aller Theorien zurückgeht, das ist, wenn's ihm glückt, dann vollends vortrefflich; besonders wenn es ihm, wie er sagt, und ich auch glaube, gar nicht schwierig dünkt, in den verschiedenen Theorien den innern Nervenfaden zu entdecken. Und dann der Schluß der Vorerinnerung (pag. 8), „daß der Gesetzgeber unter der Philosophie, aber über den Philosophien stehen müsse," ist ein würdiger Standpunkt, da es, wie man sieht, nicht eklektisch gemeint ist. Das Büchlein dünkt mir jetzt schon so schön, daß es jeder Jurist auf seinen Tisch legen sollte, und jede Gesetzgebungskommission ohnehin.

Nun kommt (pag. 11) so ein Unterschied zwischen dem obersten Grund und Grundsatz, der ein wenig spitz und nicht deutlich genug entwickelt scheint; was aber auch damit gesagt seyn solle, so ist die in Klammern beigebrachte Angabe absoluter und relativer Strafrechtstheorien ganz passend und bezeichnend. Der Grund, warum alle relativen Theorien abscheulich sind, ist (pag. 11) deutlich hingestellt, und die Art, wie er jede einzelne Theorie kurz und richtig abfertigt, ist, gerade der Kürze wegen, jedem vernünftigen Menschen zugänglich. Daß er (pag. 16) zum Schluß, nachdem er alle diese Theorien treffend angegeben, auf das Positive darin eben so entschieden aufmerksam macht, das allein zeigt schon den philosophisch gebildeten und in Rechtsgeschäften gewandten Kopf. Diese Einfädelung des Büchleins ist recht schön. Die Bemerkung, daß „jede Theorie in gewissen Punkten Recht behält, stellt den Leser sogleich auf den bestimmten Standpunkt." Ueberhaupt thut einem in diesem Schriftchen wohl, daß man immer sogleich sieht, wo und wie, und daß man nie zu lange dialektisch herumgehetzt wird; dieß ist an solchen kleinen Schriften die eigentlich praktische Form. Daß er die gar nicht philosophischen Theorien zuletzt (pag. 17) und nur so als Anhängsel bringt, nur so nothdürftig, wie sie auch entstanden sind, das hat mir auch gefallen. Und so, wie er auf das Rechtsgefühl kommt, so lasse ich mir's gefallen; aber er sagt auch nicht, daß dieses Gefühl selbst ein Letztes sei, sondern er stellt es nur als den geistigen Boden hin, aus dem das philosophische Princip für das Bewußtseyn der Menschen hervorkeimte.

Und daß und wie er nun die, heutiges Tags schon kräftig hervorgewachsene Idee eines obersten Princips gleichsam zum Brennpunkt seinee ganzen Darstellung macht, das hat Nachdruck und wirkt, auf mich wenigstens, und so denke ich, auch auf andere rechtliche Leute. Daß ee dann wieder ganz piano einlenkt und der Idee nach und nach beizukommen sucht, das schadet nichts am Nachdruck, denn es ist vorher ein Abschnitt, und bei einem solchen pflege ich das Buch hinzulegen und aufzugucken, und den Spiritus, wenn, wie hier, einer da wae, wirken zu lassen. Daß es nun „synthetisch" und „analytisch" kommt, das genirt mich nicht, denn das ist immer so in der Philosophie; und wie der Mensch zwei Arme hat, so hat er auch zwei Naselöcher, denkt nur nicht so oft daean, und eben so hat ee auch das synthetische und analytische Wesen in seinem Denken stecken, nue denkt er ebenfalls noch weniger daran. Ist nun einmal ein Strafrechtsphilosoph veranlaßt, ihn daran zu erinnern, so wird's auch nichts thun. Was (p. 19) von dem „Wesen einer wirklichen Idee" gesagt ist, ist wichtig, und wenn es auch nicht viel ist, so ist es genug. Bei weitumfassenden philosophischen Gedankenkreisen das Passende herauszufinden und bestimmt anzugeben ist nicht so leicht zu machen, als zu lesen und zeigt, je einfachee und ungezwungener es erscheint, desto mehr die Reife des Autorkopfes. Das führt ihn dann (p. 20) ganz wie von selbst darauf, „daß der Gesetzgeber sich die histoeischen Ergebnisse vorzugsweise aneignen müsse," und die eigentliche Construktion dee Strafrechtsidee den sublimeren Beweisen der Philosophie überlassen könne. Nur daß „das Resultat der eeinen Spekulation nicht mit dem historischen Resultat in einen bedenklichen Widerspruch komme." Und so fängt er denn (p. 21) an, das Geschichtliche näher zu beteachten, um in der Folge die Resultate der Spekulation damit zu veegleichen. Wie von der rohesten Rache an, durch die verschiedensten Bußen, es bis zur Rechtsordnung gekommen, und endlich das Bedürfniß eines obersten Princips hervortrat, ist in aller Kürze klar angegeben. Daeaus entstanden die relativen und absoluten Theorien, und den Mangel beider giebt er (p. 23) anch an. Wie er nun (p. 25) entwickelt, daß es schon in dem gesunden Meuschenverstande und allen Formen der Rache so gut, als in neuestee Philosophie, enthalten liege, die Strafe als nothwendige Folge des Verbrechens zu betrachten, das ist sehr gut und überzeugend hingestellt; und wie sich dann das in dee Idee unverletzliche Recht und dee Begriff der Gerechtigkeit gleichsam von selbst daran anknüpft, das zeigt von der Klarheit des Gedankenganges. Die Definition des Rechts (p. 26) als Gleichheit gegenseitiger Behandlung Aller erscheint dann ganz natürlich, und die Strafe hebt bloß die Ungleichheit auf. Wenn aber nun ein Mann, der das Alles so schön und klar einsteht, das „mit dem Verlangen aller Zeiten übereinstimmende Resultat der Spekulation" nue für eine „Versicherung der Eingeweihten" ausgiebt, so glauben wie ihm nicht, daß er sich ernstlich für nicht eingeweiht ansieht. Denn wer Gedankenverhältnisse so gut zu verstehen und so schön auszufassen im Stande ist, der hat vielleicht Hegels sämmtliche Schriften nicht umständlich studirt, aber dessen und anderer Philosophen Rechtslehren hat er genau und mit aller Schärfe dee Beweise aufgefaßt. Wollte Gott, daß alle Rechtslehrer mit so großer Bescheidenheit so viel Kenntniß der Philosophie verbänden, dann möchte immerhin ein jeder die detaillirtere Kenntniß philosophischer Systeme dahingestellt seyn lassen. Daß der Gesetzgeber nur „den bereits begonnenen Bau fortsetzt", wie p. 27 gesagt ist, das kann man nicht oft genug wiedee sagen. Daß das nun gewonnene Princip der Gerechtigkeit alle relativen Theoeien in sich enthält, jede an ihrem Platze, und ihnen also nicht entgegensteht, daß es auch gar kein großes philosophisches Rüstzeng bedarf, um dieses Princip einzusehen und als wahr anzuerkennen, das kann man doet ebenfalls lesen, und ist besonders für Rechtsleheer geschrieben, die noch mit ihrer Lehrstange im Nebel relativee Theorien herumfahren. Und das unterscheidet, so heißt es p. 28, dieses Princip auch von den absoluten Theorien, daß es jene eelativen Momente nicht unberücksichtigt verstößt. Daß er endlich (p. 29) alle bisherigen Theorien nue als einen „logischen Gedankenprozeß" auffaßt, der sich „durch die Geschichte hindurchzieht," das, und vieles Andere, zeigt, wie der ungenannte Verfasser an spekulativen Schriften nicht bloß genippt, sondeen ganz mit wirklichem Durste und Denklust kräftige Züge daraus gethan hat. Aus diesem „Principe der vermittelten Einheit (so heißt es p. 29) aller Momente der Strafe fließt ein Reichthum der Gesichtspunkte für den Strafgesetzgeber" u. s. w., was, wie alles Folgende, in dem Schriftchen selbst nachgelesen zu werden verdient. Es folgt nämlich noch recht vieles Lesenswerthe auf 44 Seiten, denn ich stehe mit meinem Lobe erst p. 29, und habe das Wichtigste dee Scheist, die praktische Verwirklichung der Idee noch gar nicht berühren können, wie: daß die ständische Prüfung eines Entwurfs nur negativ seyn könne, daß ein Gesetzbuch nicht bloß im luftigen Elemente einer Theorie wurzeln solle, daß das Princip gar nicht der direkten Anerkennung in einem besondern §. des Gesetzbuches bedürfe u. s. w.; ich denke aber, wem ich nicht jetzt schon einigen Appetit zum Selbstlesen gemacht, da ich ihm so ziemlich bis zum Höhepunkt des Büchleins hingeleuchtet, dem werde ich durch weiteres oder gar vollständiges Durchlaufen auch das Weglaufen nicht wehren können. Eigentlich ist mir's ja anch gleichgültig, denn ich habe ja nicht als Recensent gearbeitet (dann hätte ich gar nicht so viel Lesens nöthig gehabt) und bin auch nicht bezahlt für mein Lob und nicht bestochen, denn ich kenne den Verfasser nicht; aber die Sache kenne ich, denn ich habe das Schriftchen ausmerksam ganz durchgelesen, und das hatte mich ja eben veranlaßt, es zur Hälfte im Detail und im Allgemeinen ganz zu loben und allen Pharisäern und Scheiftgelehrten nicht sowohl, sondern allen guten Juristenchristen aus ganzer Fülle der Ueberzeugung zu empfehlen.

N.

Haupteedakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Geoos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. N^ro. 4. Karlsruhe den 27. Januar 1838.

I.

Zur Erläuterung des §. 694 der Prozeßordnung.

Der §. 694 der Prozeßordnung verordnet wörtlich:

„Nach geschlossener Verhandlung verkündet der Richter in der nämlichen (zur Justification des Arrestes anberaumten) Tagfahrt das Erkenntniß über die Statthaftigkeit und die Fortdauer, oder die Unstatthaftigkeit und Wiederaufhebung des früher verfügten Arrestes, im letzten Falle mit der weitern Bestimmung, ob der Arrest gegen Sicherheitsleistung oder ohne dieselbe aufgehoben werden soll."

Wenn man diese Gesetzesstelle grammatisch, und nur aus sich selbst interpretirt, kommt man zu folgendem Resultate:

Der Richter kann nach geschlossenen Verhandlungen in der Rechtfertigungstagfahrt den früher verfügten Arrest nur entweder für statthaft oder für unstatthaft erklären.

Thut er ersteres, so muß er verordnen, daß der Arrest fortdauern soll, trifft er letztere Verfügung, so muß er weiter bestimmen, daß der Arrest wieder aufzuheben sei. Der citirte §. unterscheidet nämlich ausdrücklich das Erkenntniß über die Statthaftigkeit und die Fortdauer von dem über die Unstatthaftigkeit und Wiederaufhebung des früher verfügten Arrestes. Der für statthaft erklärte Arrest kann demnach eben so wenig wieder aufgehoben werden, als der für unstatthaft erkannte für fortdauernd erklärt werden kann.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes soll der Richter „im letztern Falle" ferner verfügen, ob der Arrest gegen Sicherheitsleistung oder ohne solche aufgehoben werden soll.

Unter diesem letzten Falle kann aber nach der Construction des fraglichen Satzes kein anderer verstanden werden, als der, wenn der Arrest für unstatthaft erklärt wird, und daher wieder aufgehoben werden soll.

Die Worte „im letzten Falle" beziehen sich zwar zunächst nur auf das Wort „Wiederaufhebung;" doch kann der Arrest, dem Wortverstande nach, nur dann wieder aufgehoben werden, wenn er für unstatthaft erklärt wurde; der allegirte §. spricht auch ausdrücklich von der „Unstatthaftigkeit und Wiederaufhebung", also von letzterer als einer Folge der erkannten Unzulässigkeit des Arrestes, im Gegensatz der „Statthaftigkeit und Fortdauer."

Demnach wäre der Richter befugt, den Arrestbeklagten, obgleich er den Arrest für unstatthaft erklärte, zur Cautionsleistung anzuhalten.

Was der Arrestbeklagte bei dieser Manipulation gewonnen, und was der Arrestkläger dabei verloren hat, ist mir nicht einleuchtend. Der Impetrant wollte nämlich durch die Arrestanlage nur Sicherheit erlangen, welche er auch erhielt, obgleich er mit seiner Klage abgewiesen wurde. Der Arrest selbst ist hier ja auch nichts anderes, als ein Sicherungsmittel — §. 675 der Prozeßordnung. Der Richter würde in einem Erkenntniß verfügen, der Impetrant soll keine Sicherheit haben, und soll doch Sicherheit bekommen.

Der Impetrat kann nach Eröffnung eines Erkenntnisses, worin der Arrest für unstatthaft erklärt und gegen Sicherheitsleistung wieder aufgehoben wird, nur ausrufen: wehe mir, ich habe gesiegt! — Wäre nämlich der Arrest für statthaft erklärt worden, wäre es viel besser um ihn gestanden; denn da war ihm doch noch gestattet, entweder den Arrest fortdauern zu lassen, oder die Wiederaufhebung gegen Cautionsleistung zu verlangen. Cf. §. 695 der Prozeßordnung. Er hätte thun können, was ihn weniger genirt hätte. Dieses Wahlrecht wurde ihm aber durch seinen glänzenden Sieg genommen.

Wenn nun die Verfügung, daß der Arrest unstatthaft, jedoch nur gegen Sicherheitsleistung wieder aufzuheben ist, im Gesetze seine Begründung findet, entsteht die weitere Frage: unter welchen Voraussetzungen muß der Richter den für unstatthaft erklärten Arrest gegen Caution, und unter welchen Bedingungen ohne solche aufheben? Gibt es hierüber gar keine gesetzliche Bestimmungen, ist dies lediglich dem Gutdünken, der Willkühr des Richters anheimgestellt? Die Antwort kann nur seyn, die Prozeßordnung sagt hierüber gar nichts! Auch darüber sagt dieses

Gesetzbuch nichts, wie der Richter seine Verfügung, daß der Impetrat Caution leisten muß, vollstrecken lassen kann. Doch wozu weitere Deductionen — darüber sind wir gewiß im Reinen, daß wir durch die grammatische Auslegung den wahren Sinn des fraglichen §. nicht erfahren haben; denn hienach würde diese Gesetzesstelle offenbar etwas Absurdes verfügen, und daß der Gesetzgeber keine absurde Vorschriften geben wollte, versteht sich von selbst. Da wir übrigens durch eine dem Wortverstande angemessene Auslegung die wahre Absicht des Gesetzgebers nicht kennen gelernt haben, bleibt uns nichts anderes übrig, als die Regeln der logischen Interpretation zu Rathe zu ziehen. Diese liefern uns dagegen folgendes Ergebniß:

Der §. 695 der Prozeßordnung schreibt, wie schon oben angedeutet wurde, vor, daß der Arrestbeklagte durch Bestellung hinreichender Sicherheit für die Ansprüche des Arrestklägers die Aufhebung des Arrestes zu jeder Zeit, wie namentlich auch in der Rechtfertigungstagfahrt bewirken kann.

Vergleicht man diesen §. mit dem §. 694, so kommt man zu der Ueberzeugung, daß dem Gesetzgeber bei der Abfassung des letzten §. die Bestimmung des nachfolgenden vorgeschwebt hat. Demnach ist es leicht möglich, daß — was scheinbar dem §. 694 widerspricht — auch der für statthaft erklärte Arrest vom Richter wieder aufgehoben werden kann; doch ist in diesem Falle die Wiederaufhebung nicht sowohl eine Folge der Statthaftigkeit, als der bestellten Caution. Die Wiederaufhebung gegen Caution muß der Richter immer verfügen, wenn der Arrest für statthaft erklärt und vom Impetraten Sicherheit bestellt wurde, er kann es aber auch nur in diesem Falle. Wenn das Gericht die Wiederaufhebung aus dem Grunde der Unstatthaftigkeit verordnet, braucht es in dem Erkenntnisse nicht ausdrücklich zu sagen, daß es den Arrest ohne Cautionsleistung wieder aufhebt, da sich dies von selbst versteht, und überall keine denkbare Ursache zur Bestellung einer Sicherheit vorhanden seyn kann.

Dem Entwickelten zufolge wird der Richter am Schlusse der Justificationstagfahrt möglicherweise nur folgende Verfügungen geben können:

1) der früher erkannte Arrest sei für statthaft zu erklären, und habe deßhalb fortzudauern; oder

2) der Arrest sei für statthaft zu erklären, jedoch aus dem Grunde der vom Arrestbeklagten bestellten Caution gegen solche wieder aufzuheben; oder endlich

3) der Arrest sei für unstatthaft zu erklären, und sei deßhalb (jedenfalls ohne Sicherheitsleistung) lediglich wieder aufzuheben.

Wenn wir nach dieser Interpretationsweise unsern §. 694 wieder aufmerksam durchlesen, können wir die Worte „im letzten Falle" nur auf das Wort „Wiederaufhebung" beziehen, und da wir nun wissen, daß auch der für statthaft erklärte Arrest wieder aufgehoben werden kann, werden wir die Wiederaufhebung nicht in eine so enge Verbindung mit der Unstatthaftigkeit bringen, wie früher, als uns die grammatische Auslegung mit dem Wörtchen „und" hiezu nöthigte. Klar wird es uns dann werden, daß der Gesetzgeber bei der Schlußbestimmung des §. 694 der Prozeßordnung an den Fall dachte, daß der Impetrat, die Wohlthat des §. 695 der Prozeßordnung benützend, in der Rechtfertigungstagfahrt Caution leistete, welcher Umstand zwar den Richter nicht hindern kann, den Arrest für statthaft zu erklären, wohl aber veranlassen muß, den für statthaft erkannten Arrest gegen die bestellte Caution wieder aufzuheben. Diese Auslegung wird auch durch von Weilers Motive zum Entwurfe der Prozeßordnung unterstützt, wo es bei den §§. 636 — 699 heißt:

„die Verhandlungsweise ist hier dem gemeinen Prozesse gemäß vorgezeichnet."

Etwas Neues wollte also die Prozeßordnung nicht schaffen. Der gemeine Prozeß weiß aber davon nichts, daß der unstatthaft erklärte Arrest vom Richter unter der Bedingung der Sicherheitsleistung wieder aufgehoben werden kann. Wohl aber kann, dem gemeinen Prozesse zufolge, wenn Caution angeboten wurde, in der Rechtfertigungstagfahrt, wie zu jeder Zeit, der für statthaft erklärte Arrest gegen Bestellung von Sicherheit wieder aufgehoben werden.

Cf. Claproth, Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §. 136.

Mittermaier, gemeiner Prozeß. Bd. II. Seite 162, 164.

Linde, Lehrbuch des Civilprozesses §. 352.

Baier, Theorie der summarischen Prozesse §. 38.

Zu der Ueberzeugung muß man übrigens jedenfalls kommen, wenn man den §. 694 einer genauern Prüfung unterwirft, daß er rücksichtlich der Klarheit und Bestimmtheit der Fassung weit hinter den übrigen Paragraphen der Prozeßordnung zurücksteht, und mit diesen das allgemein anerkannte Lob in dieser Beziehung nicht theilt *).

*) Mit dem Resultate dieser ganzen (wohl scharfsinnigen) Ausführung bin ich einverstanden. Nur möchte ich zur Rechtfertigung der — wenn auch nicht ganz klassischen — Redaktion des §. 694 bemerken, daß das Verbindungswort „und" zwischen den Worten: „Statthaftigkeit und Fortdauer," — so wie jenes zwischen den Worten: „Unstatthaftigkeit und Wiederaufhebung" — grammatikalisch keineswegs nothwendig die Bedeutung habe, daß nur die Statthaftigkeit und als Folge derselben die Fortdauer des Arrestes miteinander, oder die Unstatthaftigkeit und als deren Folge die Wiederaufhebung miteinander ausgesprochen werden könne.

Wenn das Gesetz von einem „Erkenntnisse über die Statthaftig-

Daß eine rein und streng grammatische Interpretation des oft erwähnten Paragraphen schon in praxi zu Mißgriffen verleitet hat, kann ich aus eigener Erfahrung versichern, ja ich mache besonders auf einen in den Annalen erzählten Rechtsfall aufmerksam, der wegen einer andern, als der hier besprochenen Rechtsfrage, uns in diesen Blättern mitgetheilt wurde. Er findet sich in Nr. 42 des V. Jahrgangs sub III.

In diesem Falle wurde nämlich der impetrirte Arrest für unstatthaft erklärt, deßhalb wieder aufgehoben, der Impetrat aber demohngeachtet zur Cautionsleistung angehalten. —

Wenn ich auch durch obige Auseinandersetzung nicht alle Anstände und Zweifel beseitigt haben mag, so hoffe ich doch wenigstens hiemit eine tüchtigere Feder zur Erläuterung des gewiß der Erläuterung bedürftigen §. 694 der Prozeßordnung aufgefordert zu haben. v. Uria.

II.

Rechtsfall einer Beschwerdeführung wegen Verweigerung und Verzögerung des Verfahrens, und wegen Verletzung der Vorschriften über das Vollstreckungsverfahren.

Die Frau Prinzessin Auguste von Nassau belangte den X auf Bezahlung einer Schuld, welche derselbe zwar eingestand, zu deren Zahlung er aber keine Mittel besaß. Die Klägerin erwirkte nun einen Beschlag auf die Besoldung des X nach §. 1023, 1016 der Prozeßordnung, ehe aber die vier Wochen des §. 1016 Nr. 3 verstrichen waren übergab der Beklagte dem Gericht eine Erklärung dahin daß er noch mehr Schulden als die der Klägerin, aber keine Zahlungsmittel als den Abzug an seiner Besoldung besitze, seine andern Gläubiger hätten ebenfalls ein Recht auf den Besoldungsabzug, und um ihn vor dem Ausbruch einer Gant zu retten, bitte er, seine Gläubiger, wie er sie anmit benenne, vorzuladen und ein Arrangement mit ihnen zu versuchen. Die Vorladung geschah, die Mehrzahl der benannten Gläubiger kam, und die erschienenen Gläubiger wurden nun unter Widerspruch der Frau Prinzessin von Nassau durch Urtheil pro rata ihrer Forderungen mit in den Besoldungsabzug eingewiesen, wobei sich denn auch die Frau Prinzessin von Nassau beruhigte. Da aber nicht sämmtliche vom X benannte Gläubiger erschienen waren, so erließ das Gericht eine Aufforderung an dieselben, um sich darüber auszusprechen, ob sie gleichfalls dem Arrangement mittelst Eintritts in den Besoldungsabzug des X sich anschließen wollten. Dagegen nun erhob die Frau Prinzessin von Nassau eine Beschwerde, stützte dieselbe auf Verzögerung und Verweigerung der Verhandlung und Entscheidung, auf Verletzung der Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens, und bat, ihr noch eine Klage auf Justizverzögerung gegen das Gericht vorzubehalten. Allein es wurde erkannt:

In Anbetracht der Beschwerdeausführung vom 24. Juli, und des Berichts des Stadtamts Karlsruhe vom 18. August, nach Anhören der mündlichen Rechtsausführung des Anwalts der Beschwerdeführerin, und:

In Erwägung des Grunds der Bschwerde wegen Verzögerung oder Verweigerung der Verhandlung und Entscheidung, daß eine solche hier nicht vorliegt, indem das Stadtamt Karlsruhe nirgends die Verhandlung verzögerte oder die Entscheidung verweigerte, sondern nur den besondern Rechtsansuchen der Beschwerdeführerin aus dem Grund nicht entsprach, weil sie in Rechten nicht für begründet hielt, wodurch die Beschwerdeführerin ein Recht auf das alsbaldige oder einstige Rechtsmittel der Appellation, nicht aber auf das Rechtsmittel der Beschwerde nach §. 1244 Nr. 1, 2 der Prozeßordnung erhalten konnte, indem dieser nur von dem Fall ausgeht, wo der Richter ganz unthätig bleibt, und die Entscheidung selbst verweigert.

In Erwägung, daß aus den nämlichen Gründen auch keine Justizverzögerung von Seiten des Stadtamts Karlsruhe vorhanden, also der ohnedies ungeeigneten Bitte um Vorbehalt der Klage auf Justizverzögerung nicht Statt zu geben ist,

---

keit und die Fortdauer des Arrestes" spricht, so sagt es, daß der Richter sowohl über die Statthaftigkeit als über die Fortdauer zu erkennen habe; es ist aber damit nicht gesagt, daß er über beides in der gleichen Richtung sich auszusprechen habe. Beides sind nur Gegenstände des Erkenntnisses, aber wie das Erkenntniß hinsichtlich des Einen und des Andern ausfallen soll, ist nicht gesagt. Dies wird sich vielmehr nach andern gesetzlichen Bestimmungen richten.

Der Richter kann über die Statthaftigkeit des Arrestes affirmativ, und über die Fortdauer desselben dennoch negativ erkennen, indem er nämlich etwa — wie im obigen Aufsatze ganz richtig ausgeführt ist — den an sich statthaften Arrest nach §. 695 gegen Sicherheitsleistung aufhebt. Umgekehrt wird er zwar nicht über die Statthaftigkeit des Arrestes negativ und über die Fortdauer daneben dennoch affirmativ erkennen können; allein hieran hindert ihn nicht die Vorschrift des §. 694, sondern es hindert ihn daran die Natur der Sache und etwa der §. 688, wornach ein unstatthafter Arrest nicht verfügt, folglich, wenn die Unstatthaftigkeit später erkannt wird, auch nicht mehr bestätigt werden darf.

Darnach wird, was die zweite Zusammenstellung der „Unstatthaftigkeit und Wiederaufhebung", — betrifft, bei erkannter Unstatthaftigkeit immer auch die Wiederaufhebung des Arrestes erfolgen müssen; aber es ist nicht nöthig, daß, wenn die Unstatthaftigkeit nicht erkannt wird, gerade auch die Wiederaufhebung des Arrestes unterbleiben müsse, indem diese, wenn gleich der Arrest nicht unstatthaft ist, gegen Sicherheitsleistung dennoch verfügt werden kann. D. R.

indem diese mit oder ohne Vorbehalt der Beschwerdeführerin zusteht.

In Erwägung des Grunds der Beschwerde wegen Verletzung der Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens, welche darin liegen soll, daß das Stadtamt Karlsruhe anstatt der Beschwerdeführerin den angeordneten Besoldungsabzug des Schuldners an Zahlungsstatt zuzuweisen, andere Gläubiger desselben zur Anmeldung ihrer Forderungen und Theilnahme am Besoldungsabzug aufgerufen habe, daß, wenn auch der §. 963 der Prozeßordnung eine Beschwerdeführung wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens zuläßt, diese Beschwerde sich nur auf die Verletzung processualischer Vorschriften beschränkt, wie dieses insbesondere der §. 959 Nr. 1 darthut, hier jedoch keine prozessualische Vorschrift der Art der Vollstreckung verletzt ist, sondern nur aus innern Rechtsgründen vom Stadtamt Karlsruhe noch andere Gläubiger des Schuldners auf das Ergebniß des richtig angeordneten Vollstreckungsverfahrens hinsichtlich des Besoldungsabzugs zugelassen wurden, und daraus für die Beschwerdeführerin ein Grund zur alsbaldigen oder nach §. 1168 zu einer einstigen Appellation gegen die Zulassung anderer Gläubiger auf den Besoldungsabzug, nicht aber eine Beschwerdeführung sich ableitet.

In Erwägung, daß zwar das Stadtamt Karlsruhe den 7. Mai zu Gunsten der Beschwerdeführerin den Besoldungsabzug angeordnet, jedoch ihn der Beschwerdeführerin noch nicht zur Zahlung zugewiesen hat, sie demnach zufolge des §. 1073, 1074 noch kein alleiniges Recht auf den Besoldungsabzug erhielt, vielmehr das Stadtamt Karlsruhe auf die Benennung anderer Gläubiger des X in seiner Eingabe vom 30. Mai diese Gläubiger vorlud, und unter dem 5. Juli durch Urtheil zu Recht erkannte, daß die erschienenen Gläubiger neben der Beschwerdeführerin auf den Besoldungsabzug zugelassen seien, wobei sich die Beschwerdeführerin beruhigte, und demnach von dem zu ihren Gunsten und auf ihr Betreiben erkannten Besoldungsabzug als alleiniges Ergebniß ihrer Vollstreckungsbitte abstand.

In Erwägung endlich, daß der Schuldner in der nämlichen Eingabe vom 30. Mai, worin er die schon durch Urtheil vom 5. Juli zugelassenen, so wie die jetzt noch durch das Decret vom 20. Juli d. J. zur Erklärung aufgeforderten Gläubiger benannte, seine Zahlungsunfähigkeit erklärte, und gerade zur Abwendung einer Gant um Beirufung aller Gläubiger auf den Besoldungsabzug anstand, das Stadtamt Karlsruhe sonach zufolge des §. 817 der Prozeßordnung allerdings vor Eröffnung der Gant durch Aufrufung aller Gläubiger einen Vergleich erzielen durfte, dann aber mit dem Vollstreckungsverfahren zu Gunsten einzelner Gläubiger, insoweit sie, wie die Beschwerdeführerin, nach §. 838, 1073, 1074 der Prozeßordnung noch kein beendigtes alleiniges Recht auf dessen Ergebniß erhalten haben, einhalten mußte, so wird aus diesen Gründen zu Recht erkannt, „daß die erhobene Beschwerde zu verwerfen, die Beschwerdeführerin in die dadurch veranlaßten Kosten zu verfällen, und der Bitte um Vorbehalt einer Klage auf Justizverzögerung nicht Statt zu geben sei."

Sander.

III.

Justizministerium.

Karlsruhe den 24. November 1837.

Nr. 4,515. An das Großherzogliche Oberhofgericht.

Man hält für angemessen, daß die beiden Kanzler des Oberhofgerichts rücksichtlich der bürgerlichen Streitsachen in ähnlicher Weise thätig seien, wie ihnen rücksichtlich der Straf- und Ehescheidungssachen, mittelst des hierbei Statt findenden Instructivvotums zur Pflicht gemacht ist.

Es wird daher Nachfolgendes bestimmt:

1) Sowohl der Kanzler als der Vicekanzler, jeder für den ihm zugetheilten Senat, hat auf die Berathung der zur mündlichen Schlußverhandlung reif gewordenen bürgerlichen Streitsachen durch Einsicht der Akten sich besonders vorzubereiten, auch seiner Zeit, nachdem der Respicient in Folge des §. 1121 der Prozeßordnung über die Beschlüsse, oder Urtheilsfassung Vorschläge gemacht hat, durch Hervorhebung und Beleuchtung aller für die Entscheidung wichtigen Momente auf den Gang der Berathung leitend einzuwirken.

2) Behufs jener Vorbereitung sind die Akten, sobald der Respicient dieselben durchgegangen hat, dem Kanzler oder Vicekanzler jeweils zuzustellen, ehe sie nach der Verordnung vom 13. September v. J. Nr. 4346 zur Einsicht der übrigen Senatsmitglieder aufgelegt werden.

3) Die unter Nr. 1 bezeichnete Verrichtung liegt den Kanzlern gleichmäßig ob, sei es, daß in dem betreffenden Senate der Oberhofrichter, oder einer von ihnen selbst den Vorsitz führt; sie können dagegen in bürgerlichen Streitsachen nicht Respicienten seyn.

4) Im Falle der Abwesenheit oder sonstigen Verhinderung des Kanzlers oder Vicekanzlers überträgt der Oberhofrichter die gedachte Verrichtung, wenn er sie nicht selbst besorgt, einem Oberhofgerichtsrath.

Jolly.

vdt. Lamey.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 5. Karlsruhe den 3. Februar. 1838.

I.

Wie sollen Collegialurtheile zu Stande kommen?

Der Umstand, daß in Collegialgerichten die Urtheile nicht aus einem einzigen Verstand, sondern aus mehreren Individuen geschöpft werden, welche leicht verschiedene Voraussetzungen eines Urtheils auf verschiedene, in ihrem Endresultate bald übereinkommende, bald sich widersprechende Weise entscheiden können; hat von jeher in einzelnen Fällen eigene Schwierigkeiten für die Festsetzung des wahrhaften Ausspruches der Majorität dargeboten.

Seltener traten jedoch diese Schwierigkeiten zum Bewußtseyn, so lange die Richter nur verpflichtet waren, das Resultat des Urtheilsgeschäfts in dem sogenannten Urtheile der Interessenten bekannt zu machen. Man gewöhnte sich leicht, die Voraussetzungen, durch welche die einzelnen Votanten in ihrer Endabstimmung geleitet wurden, für unwesentlich und eine Verschiedenheit in diesen Voraussetzungen für unerheblich zu achten. Wenn nur im Resultat, nämlich in den Folgerungen aus den verschiedenen Prämissen, eine Uebereinstimmung der Mehrheit Statt hatte, so nahm man keinen Anstand, darin den das konkrete Recht bestimmenden richterlichen Willen zu erkennen.

Durch die Anordnung, daß die Gerichte mit den Urtheilen zugleich die Voraussetzungen, auf die sie gebaut sind, bekannt machen sollen, haben sich jedoch bald unabweisbare Bedenken gegen die alte Methode der Aburtheilung dargeboten.

In Criminal- und Civilsachen kamen häufig Entscheidungen vor, wo der Wille der Majorität eines Collegiums im Endresultat des Urtheilsgeschäftes ein ganz anderer war, als jener der Majorität in Beurtheilung der Prämissen der Entscheidung: z. B. bei einem Urkundenbeweise hält eine Majorität die Urkunde für formell beweisend, und eine aus andern Votanten bestehende Majorität hält sie auch für materiell entscheidend, allein jeder dieser Entscheidungen in den gedachten beiden Voraussetzungen des eigentlichen Urtheils steht eine so starke Minorität entgegen, daß diese beiden Minoritäten in Hinsicht der Hauptentscheidung, nämlich der Beantwortung der Frage, ob der Beweis geführt sei, eine Majorität für die Negation bilden.

Eben so beim Zeugenbeweis können von 9 Votanten nur 3 die Frage der Zuläßigkeit verneinend beantworten, wenn dann bei der Abstimmung über die materielle Beweiskraft wieder eine Minorität von 3, welche aus andern Personen als die vorige Minorität besteht, sich für die Unerheblichkeit des Beweismittels ausspricht, so bilden diese beiden Minoritäten für die Hauptentscheidung, daß der Beweis nicht geführt sei, eine Majorität von 6. Derselbe Uebelstand kann bei Criminalsachen besonders auch da vorkommen, wo reiner Inzichtenbeweis vorliegt.

Hier kann eine Minorität von 3 gegen 6 Votanten Verurtheilung auf reinen Inzichtenbeweis für unzuläßig halten, und eine andere Minorität von 3 hielt ihn zwar für zuläßig, aber nicht für hinlänglich. — Für das Resultat der Klagfreierklärung besteht also eine Majorität von 6 gegen 3, während jede der beiden Voraussetzungen dieses Resultats durch gleich starke Majoritäten auf entgegengesetzte Weise beantwortet wurde, und darnach das Schuldig auszusprechen wäre.

Hier zeigt sich nun ein scheinbar nicht zu lösender Widerspruch: Hält man sich nach der bisher am häufigsten betrachteten Weise bloß an das Resultat des Urtheilsgeschäftes, so fehlt es der den Beweis für nicht geführt erklärenden Majorität an Gründen für ihre Entscheidung, hält man sich aber nur an die Prämissen des Urtheils, so fehlt es an einer wahrhaften Majorität für das Endresultat. Man ist in dieser Verlegenheit überhaupt, besonders aber in Criminalsachen um so mehr geneigt, sich der ersteren nur das Resultat der Aburtheilung ins Aug fassenden Ansicht hinzugeben, da man vor Einführung der Entscheidungsgründe sich an diese Anschauungsweise gewöhnte, und da dieses Verfahren immer das dem peinlich Angeklagten günstigere ist; und über den Anstand hinsichtlich des Mangels der Gründe muß man dann natürlich dadurch hinwegzukommen suchen, daß man die Hauptentscheidung

als feststehend betrachtet, und nur über die derselben zum Grund zu legenden Motive in eine neue Berathung und Abstimmung eingeht; was dann freilich in den meisten Fällen zu einem der Wahrheit widersprechenden Resultat führt, immer aber kein aus Gründen geschöpftes Urtheil, sondern eine Verkehrung der von der Vernunft gebotenen Ordnung ist, indem hier der Verstand etwas ohne Gründe als richtig gelten läßt, und sich dann hinterher für sein zu früh gebildetes Urtheil Gründe aufsucht, welche zwar seinem Urtheil nicht zu Grunde liegen, mit welchen er es aber doch rechtfertigen zu können glaubt.

Da nun von beiden Wegen, welche nothwendig immer den direkt entgegengesetzten Richterspruch herbeiführen, nur einer der richtige sein kann, so ist es für die Rechtspflege von der höchsten Wichtigkeit, hier alles Schwanken und Irren durch feste Begründung der Wahrheit zu beseitigen.

Es ist hiezu vor Allem nothwendig, sich den Begriff des richterlichen Urtheils, so wie sich solcher bis jetzt entwickelt hat, klar zu machen.

Es bedarf des Endes keiner Erinnerung, daß der Richterspruch in seiner ersten Form schlechthin als der Wille eines obersten Machthabers erscheint, und daß er erst in seiner weitern Entwicklung die Gestalt eines Vernunfturtheils, einer Entscheidung aus Gründen, annimmt.

So lang aber in einer Gesetzgebung noch keine Vorschriften erscheinen, welche für die vernünftige Begründung eines Richterspruchs eine gewisse Gewährschaft geben, so lange kann begreiflich der Ausspruch eben so wohl nur das Produkt der blinden Willkühr, als das der vernünftigen Ueberlegung seyn; ein Vorwurf, welcher die Urtheile rechtsgelehrter Richter ohne Entscheidungsgründe eben so wohl als die Aussprüche der Geschwornen trifft.

Der Begriff des Rechts verlangt schlechthin, daß die Rechtsentscheidungen nicht von der Willkühr, sondern von der Vernunft gegeben werden, es ist also eine unabweisbare Forderung des Rechts, daß Einrichtungen bestehen, welche eine Bürgschaft gewähren, daß die Entscheidungen der Richter nicht auf grundloser Willkühr, sondern auf vernünftigen Gründen beruhen.

Eine solche Einrichtung ist die Vorschrift der Entscheidungsgründe, ihr Zweck ist kein anderer, als jene Gewährschaft zu geben; so wie daher eine Gesetzgebung die Richterkollegien zu Entscheidungsgründen anweist, hat sie ihnen damit nothwendig auch die Verpflichtung auferlegt, die Rechtsfälle nicht blos in ihren Endresultaten, sondern zugleich auch in den diesen zum Grund liegenden Voraussetzungen durch Stimmenmehrheit zu entscheiden. Mit andern Worten, es ist damit der Wille des Gesetzgebers ausgesprochen, daß die Richtersprüche der Collegien eben so wohl wie die der Einzelrichter Vernunfturtheile, d. h. Folgerungen aus Gründen seyn sollen.

Da es sich nun hier um Rechtsurtheile handelt, so müssen die Gründe, aus welchen das Urtheil zu schöpfen ist, rechtliche seyn; wahre geltende Rechtsgründe sind aber für den Richter nur die, welche er nach vorgängiger Prüfung anerkennt, d. h. ein Rechtssatz oder eine Thatsache darf vom Richter seinem Urtheil nur zu Grund gelegt werden, wenn er denselben zuvor aus gesetzlichen Gründen als wahr anerkannt hat; diese Verpflichtung ist für den Collegialrichter ganz wie für den Einzelrichter vorhanden, der Unterschied ist nur, daß der letzte bei dem ganzen aus unbestimmt vielen Vernunfturtheilen zusammengesetzten Geschäfte des Rechtsprechens immer sein individuelles Urtheil über Rechts- und Thatfragen selbstständig ausspricht und festhält, ohne dabei durch einen fremden Ausspruch gebunden zu seyn; während in einem Collegialgerichte nur das Gesammtkollegium die nämliche Selbstständigkeit im Geschäft des Urtheilens hat, indem bei der von unten nach oben fortschreitenden Erbauung der Urtheilsgrundlagen die einzelnen Votanten Schritt vor Schritt durch die Aussprüche des Collegiums gebunden werden.

D. h. so wie eine für die Hauptentscheidung präjudicielle That der Rechtsfrage durch die Majorität entschieden ist, so muß jeder Votant sofort diese Entscheidung als ihn bindend anerkennen; denn durch diese Entscheidung der Majorität ist nun der ausgesprochene Satz, um den es sich handelt, so sehr solcher auch immer der Ueberzeugung des Einzelnen widerspreche, zur Ueberzeugung des Richters in seiner Gesammtheit, und damit zu einem für die Motivierung eines Richterspruchs allein geeigneten rechtlichen Grunde gediehen.

Da wo die Richter nicht verpflichtet sind, ihre Urtheile mit Entscheidungsgründen zu verkünden, mag sich leicht die Ansicht bilden, daß man nur das Resultat des Urtheilsgeschäfts, nämlich den Ausspruch, daß eine Civilpartei zu etwas Bestimmtem verpflichtet oder nicht verpflichtet, daß ein peinlich Angeklagter schuldig oder unschuldig sei, für wesentlich, die Gründe dieses Ausspruches aber für unwesentlich hält, da aber, wo die Verkündung von Entscheidungsgründen vorgeschrieben ist, kann dieser Irrthum nicht bestehen, sondern die Ueberzeugung macht sich unfehlbar geltend, daß das vernünftige Urtheil über ein Rechtsverhältniß nicht blos in dem Endresultate des Beurtheilungsgeschäftes, sondern eben so wesentlich auch in den Voraussetzungen dieses Resultats besteht, daß das Endresultat alle Prämissen in sich einschließt, und daß, Entscheidungsgründe für ein Urtheil angeben, in der That nichts Anderes heißt, als, das Urtheil in seine wesentlichen

Bestandtheile zerlegen, oder nachweisen, wie aus verschiedenen durch die Anerkennung des Richters (bei Collegien also der Majorität) zum formellen Recht erhobenen Voraussetzungen, welche für sich eben so viele Vernunfturtheile bilden, die Entscheidung des in concreto vorliegenden Rechtsverhältnisses vernunftgemäß hervorgeht.

Ist nun aber dieses richtig, so ist es auch einleuchtend, daß bei Aburtheilung einer Rechtssache das Collegialgericht ganz denselben Gang zu verfolgen hat, wie der Einzelrichter; es muß vorerst die letzten Gründe seines Urtheils, also die allgemeinsten Rechtssätze, welche darauf mittelbaren oder unmittelbaren Einfluß haben, festsetzen, und im Fortschreiten zu den der Entscheidung näher liegenden, weniger allgemeinen Grundlagen darf dann der einzelne Votant das zuvor durch Abstimmung zum ausgemachten Recht erhobene Allgemeinere nicht wieder aufgeben, und ein anderes nur von ihm insbesondere anerkanntes Allgemeineres dafür substituiren. Dies ist so wenig statthaft, als es denkbar ist, daß der Einzelrichter eine Prämisse seines Urtheils zugleich anerkenne und auch nicht anerkenne; denn durch eine unabweisbare Nothwendigkeit ist für die Urtheilsfunktionen von Collegien das Gesetz der Majoritätentscheidung gegeben, dieses würde aber vernichtet seyn, wenn den einzelnen Votanten gestattet wäre, im Gang einer gut geleiteten Deliberation und Abstimmung bei Entscheidung sekundärer Fragen Sätze geltend zu machen, welche vorher schon die Majorität verworfen hat, und welche deßhalb dem für diese konkrete Entscheidung allein vom Gericht anerkannten, also auch allein geltenden formellen Recht widersprechen.

Vergeblich würde sich hiergegen der einzelne Votant auf sein Recht der freien Rechtsüberzeugung berufen, denn dieses Recht ist kein unbeschränktes, sondern dem Grundsatz der Majoritätentscheidung untergeordnet.

Der einzelne Votant kann natürlich nicht gezwungen werden, seine Rechtsüberzeugung zu ändern, aber durch den gedachten Grundsatz ist er verhindert, sie gegen den Willen der Majorität bei der einzelnen Entscheidung geltend zu machen.

Auch Heffter in seinem interessanten Aufsatze über die juristische Intelligenz (civil. Arch. 13, S. 92) sieht es für unzweifelhaft an, daß da, wo die Entscheidung von mehreren Vorfragen abhängt, getrennte Abstimmungen über diese Fragen Statt haben müssen, wenn gleich das dadurch herbeigeführte Endresultat in der Entscheidung ein ganz anderes seyn würde, falls jeder Votant für sich allein den Prozeß des Urtheilens von der obersten Vorfrage bis zu der letzten Konklusion herab durchlaufen dürfte. Er sagt darüber folgendes:

„Nicht ohne Schein behauptet Mancher, jede Sache „müsse aus dem Ganzen, oder im Ganzen entschieden „werden. Jeder Richter habe hauptsächlich das Ende zu „bestimmen, was ins Künftige den Parteien Rechtens seyn „solle, und dafür müsse er sich aus dem ganzen vorliegenden Material ein Urtheil bilden; nur das, was er, „Alles zusammen genommen, für wahr und recht erkenne, „dürfe sein Endurtheil motiviren. Es könne ihm für seine „Combinationen der einzelnen Glieder durch den Willen „Anderer kein Gesetz rücksichtlich eines Glieds aufgedrungen „werden, welches er selbst schlechthin für verwerflich halte.

„So mögen auch wohl die Alten die Sache betrachtet „haben, wenigstens findet man bei ihnen keine Spur von „einer Theilung der Abstimmung über Vorfragen, und „da man in der Regel keine eigentlichen Entscheidungsgründe gab, so führte auch keine äußere Nothwendigkeit „dazu. Schärfer aber mußte die Sache genommen und auf „die Spitze gleichsam gestellt werden, seitdem sich die ohne „Zweifel richtige Ansicht geltend gemacht hat, daß nur „solche Urtheile als rechtmäßig anzuerkennen seien, welche „durch überzeugende, mindestens eine vernünftige Erwägung „des Richteramts beurkundende Gründe unterstützt seien. „Auch die Collegien können von dieser Anforderung nicht „freigesprochen werden. Sie sollen als moralische Einheit ein jedes handeln, sie sollen eigentliche Organe der „juristischen Intelligenz seyn, und wenn nur aus bestimmten „Gründen zu entscheiden ist, so müssen sie sich auf formellem Weg wenigstens, nämlich durch vereinzelte Abstimmung, eine Kette oder Brücke von Gründen zum Endresultat bilden, wie der Einzelrichter sie aus sich selbst „nimmt. Freilich bleibt es ein greller Widerspruch, wenn „intelligente Wesen durch das Reinformelle ihres Zusammenbestehens genöthigt werden, einer Recht suchenden „Partei etwas zuzufügen, was sie sämmtlich nach ihren „individuellen Ueberzeugungen für Unrecht erkennen. Allein „es bleibt doch immer unleugbar, daß nicht die Einzelnen „im Collegium zu richten haben, sondern das vielköpfige „Ganze, zu welchem sich die Einzelnen verhalten wie blose „Organe, in welchem daher ihre Persönlichkeit völlig „ausgeht. — Man kann auch sagen: so viele Vorfragen, „als sich in einem Prozesse zur Entscheidung darbieten, „so viele einzelne Rechtstheile giebt es, deren jeder einzeln „erörtert und abgethan werden muß; — das Endresultat „knüpft sich daran von selbst.“ —

So ist es; wenn dem Begriffe nach jedes Urtheil nur ein Resultat von Gründen seyn kann, so ist auch das richterliche Urtheil ein solches Resultat, eine nothwendige Folge aus zuvor fest bestimmten Voraussetzungen, wenn also der Urtheilende keine physische, sondern eine aus mehreren Individuen zusammengesetzte Person seyn soll, so heißt das gar nichts Anderes, als die Prämissen, aus

welchen das Urtheilsresultat von selbst folgt, sollen nicht von den im Collegium sitzenden einzelnen Votanten in getrennter Verstandesthätigkeit, sondern von der vereinten Urtheilskraft des Collegiums, also bei Meinungsverschiedenheit durch Stimmenmehrheit, entschieden werden.

Mit dem von Heffter beklagten Uebelstande aber, welcher in der widerstreitenden Ueberzeugung der einzelnen Votanten liegt, wird man sich leichter befreunden, wenn man nicht übersieht, daß dieses ein gemeinsamer Mangel alles formellen Rechts ist, und man wird sich dann auch nicht veranlaßt sehen, mit Heffter aus diesem Grunde dem Institut der Einzelrichter den Vorzug zu geben. Kömmt nicht auch der Einzelrichter oft in den Fall, wegen der Schranken, welche formelle oder materielle Gesetzesbestimmungen ihm setzen, Richtersprüche geben zu müssen, welche er für materielles Unrecht hält? — Der Grundsatz der Collegialität und Majorität ist auch nichts anderes, als eine solche, das urtheilende Individuum beschränkende Gesetzesbestimmung, und wenn nicht zu leugnen ist, daß dadurch so gut wie durch andere allgemeine Vorschriften zuweilen materielles Unrecht erzeugt wird, so ist doch aus hier nicht auszuführenden Gründen gewiß, daß bei weitem in den meisten Fällen die collegialische Berathung dem materiellen Rechte förderlich ist.

Trefurt.

Anmerkung der Redaktion. — Naturgemäßer ist es allerdings, daß man auf die Gründe das Urtheil baue, statt daß man umgekehrt zuerst das Urtheil gebe, und alsdann zu dessen Rechtfertigung erst die Gründe aufsuche.

Man könnte mit Recht das letztere Verfahren bei dem Einzelnen, der das Urtheil gäbe, als eine blinde Willkühr bezeichnen, und auch gegen ein Richtercollegium wäre dieser Vorwurf gegründet, wenn die einzelnen Mitglieder, statt nach Erwägung der Gründe das Urtheil zu geben, dieses fällen und alsdann zur Rechtfertigung desselben sich die Gründe erst aufsuchen wollten.

Dieser Vorwurf findet aber keine Anwendung, wenn die einzelnen Mitglieder bei Findung ihres Urtheils vernunftgemäß verfahren, wenn jeder derselben seine Abstimmung über den Streitgegenstand auf die Gründe baut, die er für richtig hält.

Daß die einzelnen Mitglieder auch bei Erwägung der Voraussetzungen, aus welchen ein jeder sein Urtheil über den Streitgegenstand ableitet, als eine Gesammtheit, als eine durch die Majorität sich ausdrückende Einheit erscheinen müssen, ist weder nach allgemeinen Grundsätzen, noch nach positiven Bestimmungen nothwendig.

Vom philosophischen Standpunkt aus läßt sich zwar hiefür Vieles sagen, und was sich dafür sagen läßt, ist in dem obigen Aufsatze sehr geistreich zusammengestellt, jedoch der wichtige Einwand, den sich Heffter selbst machte, von meinem geehrten Freunde etwas zu leicht abgefertigt.

Bei dem vorgeschlagenen Verfahren, wornach die Majorität vorerst über die Gründe entscheidet, und der Einzelne alsdann bei seiner Endabstimmung sich an diese Entscheidung zu halten hat, kann sich nämlich als das Resultat der über die einzelnen Gründe gefaßten Beschlüsse ein Urtheil ergeben, welches nicht nur die Mehrheit für ungesetzlich hält, sondern selbst ein solches, welches alle Mitglieder für ungesetzlich halten.

Setzen wir den Fall: das Richterkollegium bestehe aus neun Mitgliedern, wovon drei eine Klage deßwegen für verwerflich halten, weil sie dieselbe nach den vorgetragenen Thatsachen, für rechtlich nicht begründet halten, — drei andere deßwegen, weil sie die zum Beweise der vorgetragenen Thatsachen vorgebrachten Beweismittel (z. B. die Zeugen) für gesetzlich unzuläßig erkennen, — endlich die drei übrigen deßwegen, weil sie, obgleich die Beweismittel für zuläßig ansehend, das materielle Ergebniß derselben für ungenügend oder mißlungen erachten.

Obgleich nun in diesem Falle alle neun Votanten die Klage für verwerflich halten, so müßte derselben nach dem von meinem geehrten Freunde vorgeschlagenen Verfahren dennoch Statt gegeben werden, wenn die drei ersten, die drei zweiten und die drei letzten in Bezug auf ihren Entscheidungsgrund jeweils isolirt stünden. Die Klage wäre nämlich durch die zweiten und letzten drei, also durch sechs gegen die drei ersten Votanten, als rechtlich begründet, — sodann die Beweismittel durch die ersten und letzten drei, also durch sechs gegen die zweiten drei als gesetzlich zuläßig, — und endlich das Ergebniß der Beweismittel durch die ersten und zweiten drei, also wieder durch sechs gegen die letzten drei, auch als materiell genügend oder gelungen erkannt, so daß dann auf diesem künstlichen Wege das Urtheil gegen die Ansicht aller Votanten zu Gunsten des Klägers ausgesprochen werden müßte.

Dieser gewiß große Mißstand ist nun aber damit wohl nicht beseitigt, daß man darauf verweist, daß auch der Einzelrichter oft Urtheile geben müsse, die er für materielles Unrecht halte.

Materielles Recht, das nicht gesetzliches Recht ist, kommt beim Richter nicht in Ausschlag.

Nun liegt aber zwischen unserm Falle und dem damit verglichenen der Unterschied darin, daß in unserm Falle die Collegialrichter ein Urtheil sprächen, welches jeder von ihnen nach dem Gesetze für Unrecht hält, während der

Einzelrichter nie in den Fall kommen kann, ein Urtheil geben zu müssen, welches er nach den Gesetzen für nicht begründet hielte.

Dies ist es wohl auch, was von einem allgemeinen Standpunkte aus in Bezug auf den Gang des Urtheilsgeschäfts für die Collegialgerichte einerseits und für die Einzelrichter andererseits eine Verschiedenheit des Verfahrens rechtfertigt.

Der Einzelrichter wird allerdings vorerst über die einzelnen, für die Entscheidung des Streitgegenstandes selbst maßgebenden, Vorfragen sich entscheiden, und daraus alsdann die Entscheidung über den Streitgegenstand selbst ableiten. Er kann dies thun ohne Nachtheil für das Ergebniß seiner Reflexionen, denn er kann über die einzelnen Vorfragen in sich selbst nicht zweierlei Meinungen haben, er kann also, wenn er aus der Entscheidung der Vorfragen sich die Entscheidung der Streitsache selbst ableitet, nicht zu einem nach seiner Ansicht ungesetzlichen Ergebnisse gelangen.

Dagegen kann die Gesammtheit eines Collegiums bei Entscheidung der Vorfragen allerdings in sich selbst getheilter Meinung seyn, so daß dieselbe über die Entscheidung der Streitsache selbst möglicherweise eine andere Ansicht hat, als diejenige ist, welche die wechselnde Majorität bei den verschiedenen Vorfragen hatte.

Sagt man nun, daß in einem solchen Kollisionsfalle, wenn man die in der Ansicht über die Entscheidung der Streisache selbst zusammentreffende Majorität als maßgebend annehme, die nur nachträglich angenommenen Entscheidungsgründe des Gerichts nicht die wahre Ansicht der Majorität seie, so kann man hierauf erwidern, daß bei der entgegengesetzten Annahme die Entscheidung der Streitsache selbst nicht die wahre Ansicht der Majorität sei.

Man hat daher gewissermaßen unter zwei Uebeln zu wählen, und es fragt sich, welches derselben das geringste sei? —

Es wird dies von der weitern Frage abhängen: was ist die Hauptsache, was das Wesentlichste, dem das Sekundäre im Kollisionsfalle zu weichen hat? —

Mir scheint: die Hauptsache ist die Ansicht, wie der Streitgegenstand selbst zu entscheiden sei. Wo hierin die Mehrheit der Votanten, wenn auch aus verschiedenen Gründen, zusammentrifft, da liegt die Wahrheit für das Urtheil. Wenn dabei in Bezug auf einzelne Gründe die Majoritäten wechseln, so haben sie sich dem, was nun einmal durch das Urtheil in der Hauptsache fest steht, zu fügen, und in diesem Falle kann es sich allerdings ergeben, daß in Bezug auf einzelne Fragen der Entscheidungsgrund, wie er im Namen des Collegiums ausgesprochen und dem Urtheil beigefügt werden soll, erst nach gefälltem Urtheile festgestellt werden muß. Deßwegen kann man aber noch keineswegs sagen, daß das Urtheil, als nicht aus Gründen hervorgegangen, auf bloser Willkühr beruhe. Aeußerlich ist aus dem Urtheil mit den Entscheidungsgründen weder die eine noch die andere Art der Entstehung desselben sichtbar, — und innerlich, oder in der Sache selbst, fällt der Vorwurf deßwegen nicht auf die Richter, weil das Urtheil, für das die Mehrheit stimmte, immerhin aus den, wenn gleich verschiedenen, Gründen der im Resultate zusammentreffenden Mehrheit hervorgieng, also der Verschiedenheit der Gründe ohnerachtet dennoch nicht auf Willkühr beruht.

Ueber die Vorfragen, aus deren Beantwortung jeder Einzelne sein Urtheil ableitet, wird gegenüber den Parteien keine Entscheidung gegeben, sondern die Entscheidung beschränkt sich auf den Streitgegenstand, d. i. auf die unter den Parteien bestrittenen Rechte und Verbindlichkeiten. Die Vorschrift, daß das Urtheil mit Entscheidungsgründen verkündet werden soll, vermag die Natur der letztern nicht zu ändern. Das Gesetz (Prozeßordnung §. 385) thut der Entscheidungsgründe, vom Urtheil getrennt, Erwähnung, dieselben sind also jedenfalls nicht ein Theil des Letztern. Sie sind nur die Gründe für die Entscheidung, enthalten aber nicht eine Entscheidung selbst, daher kann man nicht, wie mein Freund es thut, sagen: daß diejenigen, welche der durch die Mehrheit erfolgten Entscheidung einer (für das Urtheil über die Streitsache selbst nur einen Erwägungsgrund ausmachenden) Vorfrage nicht beitreten, diese Entscheidung nunmehr gleichwohl als formelles Recht annehmen, und darauf ihr Urtheil über den Streitgegenstand selbst bauen müssen. Von einer solchen, formelles Recht begründenden, Entscheidung über jene Vorfragen wissen die Gesetze nichts.

Nur allein über den Streitgegenstand ist eine Entscheidung zu geben, und selbst nur über diesen war ehemals abzustimmen. In sofern nun aber die neue Prozeßordnung auch die Mittheilung von Entscheidungsgründen vorschreibt, ist jetzt im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwar auch noch abzustimmen, was als Entscheidungsgrund aufzunehmen, d. h. als solcher zu verkünden oder mitzutheilen sei; aber die durch das Zusammentreffen der Mehrheit gegebene Entscheidung über den Streitgegenstand selbst kann, da kein Gesetz dies ausspricht, dadurch keineswegs bedingt seyn.

Bei der etwaigen Abstimmung über die sekundäre Frage: was nunmehr (da bei der Abstimmung über die Streitsache selbst jeder Votant seine eigenen Gründe haben mochte) als der Entscheidungsgrund des Collegiums anzugeben sei? — haben nun diejenigen, die bei der Ent-

scheidung der Sache selbst in der Minorität waren, diese Entscheidung als formelles Recht anzuerkennen, sie haben sich auf den durch diese Entscheidung ihnen angewiesenen Boden zu stellen, und sich auszusprechen, was bei der nun gewordenen Lage der Sache als Grund der Entscheidung zu verkünden sei (wie dieses Verfahren namentlich auch der §. 21 der Verordnung vom 21. April 1832 vorschreibt). Ist die Mehrheit, welche das Urtheil gab, in ihren Gründen einig, so kann in Bezug auf die Frage, was als Entscheidungsgrund zu verkünden sei? — kein weiterer Streit vorkommen. Sind die darunter begriffenen Votanten uneinig, es bestehen aber unter ihnen (wie in den im obigen Aufsatze angegebenen Beispielen) nur zweierlei Meinungen, so ist die Sache ebenfalls einfach, die überstimmte Minorität gibt nämlich zwischen diesen zwei Meinungen den Ausschlag, indem die einzelnen Mitglieder derselben erklären, welcher der beiden Meinungen sie nunmehr, da die ihrige verworfen ist, relativ den Vorzug geben.

Sind aber, wie in dem von mir hier oben angeführten Beispiele, unter den für das nämliche Resultat stimmenden Mitgliedern drei oder noch mehr verschiedene Ansichten in Bezug auf die Gründe vorhanden, so bietet sich hier dieselbe Schwierigkeit dar, welche überhaupt auch bei Abstimmungen über das Endurtheil in allen Fällen an Tag kommt, wo mehr als zwei verschiedene Meinungen erscheinen, ohne daß für eine derselben eine absolute Mehrheit zu gewinnen ist.

Wo es sich hiebei nur um größere oder geringere Summen handelt, kommt die analoge Bestimmung des §. 551 der Prozeßordnung zur Anwendung. In andern Fällen wird man, der Natur der Sache nach (wie dies z. B. in den Ständekammern geschieht), vorerst die Reihenordnung, in welcher die einzelnen Anträge oder Fragen zur Abstimmung kommen, festsetzen und dabei immer diejenigen, welche für die anderen präjudiziell sind, vorausgehen lassen.

In dem von mir oben aufgestellten Beispiele ist die Frage, ob die Klage den vorgetragenen Thatsachen nach in Rechten begründet sei? — präjudiziell für die Frage des Beweises dieser Thatsachen, denn, wenn die Thatsachen rechtlich unerheblich sind, so kommt es auf den Beweis derselben gar nicht mehr an. Unter den beiden andern, den Beweis betreffenden, Fragen gebührt jener über die Zulässigkeit der Beweismittel der Vorrang vor jener über das materielle Ergebniß derselben, indem bei gesetzlich unzulässigen Beweismitteln nicht mehr weiter gefragt werden darf, was dieselben ihrem Gehalte nach sonst zu beweisen geeignet wären?

Ist alsdann die erste zur Abstimmung gebrachte Frage verworfen, so haben diejenigen, welche dafür stimmten, nunmehr sich für einen der beiden andern Anträge (dem sie nämlich den relativen Vorzug vor dem andern geben) zu erklären, da Einer der verschiedenen vorgeschlagenen Entscheidungsgründe angenommen werden muß. Hiernach wird sich bei der Abstimmung über den zweiten oder bei jener über den dritten Antrag nothwendig eine absolute Mehrheit ergeben. D. R.

II.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über eine gegen die Postkasse erhobene Klage auf Ersatz eines nicht abgegebenen Geldpakets.

In diesem Rechtsfall hatte der Kläger die Klage nur auf den Besitz des Postscheins begründet, und nur in dieser Beziehung ist er mit seiner Klage abgewiesen worden. Es konnte daher auch nicht in der Entscheidung der Sache erwogen werden, in wie weit der Postschein für einen Kläger, der sich als Aufgeber der Sache zur Post darstellt, oder der als Addressat klagt, den Beweis der Legitimation zur Sache und den Beweis der wirklich geschehenen Aufgabe begründet, es konnte ferner nicht erwogen werden, ob bei dem Leugnen der Aufgabe zur Post der Beweis der Nichtaufgabe überhaupt zuläßig ist, und wer ihn zu führen hat.

Daß aber die Klage nur auf den Besitz des Postscheins und auf dessen Natur als Zettel au porteur begründet wurde, erklärt sich daraus, daß in der von der Postadministration wegen des Verlustes des Geldpakets veranstalteten Dienstuntersuchung der jetzige Kläger selbst zugegeben hatte, daß er damals gar nicht am Orte war, wo die Aufgabe geschah, und daß sein Sohn, den er als den Aufgeber bezeichnete, erklärt hatte, er wisse sich einer Aufgabe des Pakets gar nicht zu erinnern, und könne sich den unter seinen Papieren vorgefundenen Postschein nicht erklären. Uebrigens war der Postschein als ächt anerkannt, und von einem damit bei der Post vorgefallenen Unterschleif war bei der Ehrenhaftigkeit des Ausstellers gar keine Rede. Irgend eine Eintragung des Pakets in den Postkarten war auch nicht ersichtlich, und so blieb die ganze Sache in der Untersuchung unaufgeklärt. Ob übrigens eine anders angestellte Klage, oder die gegen das diesseitige Urtheil ergriffene Appellation ein anderes Resultat gewährt, soll seiner Zeit mitgetheilt werden.

Die Entscheidungsgründe lauteten im Wesentlichen:

Die Klage ist darauf gerichtet, daß beklagter Postfiscus dem Kläger für ein zur Post aufgegebenes aber nicht angekommenes Paket von 300 fl. diesen deklarirten Werth

nebst Zinsen ersetze, und wird lediglich allein und ausdrücklich darauf gegründet, daß Kläger den über diese Aufgabe zur Post ausgestellten Schein besitze, daß dergleichen Scheine auf den Inhaber das Recht der Reklamation übertragen, und daher Kläger als Inhaber des Scheins die 300 fl. zum Ersatz fordere.

Diese Klage muß aber, so wie sie angestellt ist, als in Rechten nicht begründet, verworfen werden.

Die Uebergabe einer Sache an die Post zur Uebersendung an einen andern Ort ist das Rechtsgeschäft des Receptums, wie solches in dem L.R.S. 1782 seqs. dahin festgesetzt ist, daß demselben die Rechtssätze über die Hinterlegung zur sichern Hand zur nähern Bestimmung vorgeschrieben sind. Da diese Rechtsgeschäfte der Post vom Staat aus dem Grund der Oberherrlichkeit als Regale betrieben werden, so kann man es nicht als eine Handelsunternehmung betrachten, wollte man es aber als eine Unternehmung eines Zwischenhandelsgeschäfts nach A. S. 1, Absatz 4 ansehen, so wäre es den Vorschriften über Waarenversendung nach A. S. 96 fgde. zu unterstellen. In beiderlei Unterstellung ist aber das Rechtsgeschäft ein bestimmtes, von der Postanstalt mit dem Aufgeber abgeschlossenes Geschäft, mit der Verbindlichkeit, das Aufgegebene dem Adressaten zu überliefern, und da der Adressat dabei ausdrücklich benannt werden muß, und auch nur der Abgeber den Vertrag für sich einleitet, und sich den Postschein ausstellen läßt, um die Auslieferung einer Sache an den benannten Adressaten zu beweisen, so kann nicht behauptet werden, daß der über das Rechtsgeschäft ausgestellte Postschein, als Beweismittel der Aufgabe einer Sache an die Post, ein Zettel au porteur wäre, der alle aus diesem Rechtsgeschäft entspringenden rechtlichen Folgen auf den Besitzer des Scheins als solchen zu Eigenthum überträgt. Die Zettel auf Inhaber sind nach A.S. 190 wechselähnliche Zahlungszusagen, welche nur eine Verbindlichkeit des Ausstellers zur Zahlung der darin benannten Schuldsumme an den Inhaber enthalten, der Postschein für ein zur Versendung durch die Post aufgegebenes Stück ist aber keine primäre Verbindlichkeit zur Zahlung einer bestimmten Schuldsumme, sondern ist nur die Anerkenntnißurkunde, daß ein Stück mit einem bestimmten Werth an einen benannten Adressaten aufgegeben wurde, und folgert bezüglich der Pflicht zur Zahlung einer Geldsumme nichts anderes, als die sekundäre Verbindlichkeit, daß die Post schuldig ist, wenn das aufgegebene Stück nicht ankommt, dessen Werth nach dem Inhalt des Postscheins zu bezahlen. Wer aber diesen Werth zu verlangen hat, das steht nicht im Postschein, und darüber wird er am wenigsten ausgestellt, daß jeder Inhaber des Postscheins einstens die Zahlung verlangen kann. Dieses Forderungsrecht muß anders woher, und aus der Natur des Rechtsgeschäfts begründet werden.

Betrachtet man nun dasselbe, so findet man alsbald, daß bei allen zur Post aufgegebenen Sachen, Briefen und Paketen der Adressat als Eigenthümer der Sache betrachtet wird, und daß deßhalb die Post durch Abgabe des aufgegebenen Briefs oder Pakets alle ihre Pflichten aus der Aufgabe erfüllt; wenn nun der Adressat Jener ist, gegen welchen die Pflichten aus der Aufgabe einer Sache zu erfüllen sind, so ist er auch Jener, welcher die Erfüllung der Pflichten verlangen kann, und er ist es also, welcher hauptsächlich die Abgabe des aufgegebenen Pakets, oder bei dessen Verlust den Ersatz verlangen kann, weil, wie gesagt, die Post selbst ihn als Eigenthümer des allein unter seinem Namen laufenden Briefs oder Pakets betrachtet. Insofern auch der übrigens der Post unbekannte, und von ihr gar nicht zu erfragende Aufgeber aus der Aufgabe Rechte erwirbt, so hat er doch selbst der Post den Adressaten als den benannt, gegen welchen sie ihre Pflichten zu erfüllen hat, und dieser ist es insofern, nach L. R. S. 1239, 1937, der zum Empfang der Zahlung, d. h. der Vertragserfüllung, zur Erhebung der aufgegebenen Sache der Post angewiesen, folgeweise auch zur Forderung des Ersatzes für das verlorene Stück berechtigt ist. Klagt sonach der Adressat wegen Nichtempfang des aufgegebenen Stücks, oder klagt der Aufgeber Namens des Adressaten, so beweist der Postschein die Adresse des Empfängers, also die Legitimation des Klägers, und zugleich wohl auch die Aufgabe des Stücks, und ob dagegen behauptet werden kann, daß das Stück nicht aufgegeben worden sei, ist eine Frage, die nicht hierher gehört. Will aber der Aufgeber klagen, so muß er sich als Aufgeber in eigener Person oder in seinem Namen und somit als die Vertragsperson nennen, welche durch Aufgabe des Stücks an die Post das ganze Rechtsgeschäft eingeleitet hat, und ob er nun die wirkliche Aufgabe zu beweisen hat, obschon er den Postschein vorlegen kann, oder ob der Beweis der Nichtaufgabe nach Grundsätzen des Civilrechts oder des Handelsrechts gegen ihn geführt werden muß, ist eine Frage, welche hier nicht zur Erwägung kommt, weil Kläger weder aus dem Recht des Adressaten noch aus seinem eigenen Recht des Aufgebers, sondern nur aus dem Besitz des Postscheins geklagt hat, welcher aber als Beweismittel des Rechtsgeschäfts nie dasselbe in sich selbst thatsächlich und rechtlich begründen kann. Alles dieses trifft mit den bestehenden, also auch schon zur Zeit des Gegenstandes der Klage bestandenen und den 11. August 1834 Regierungsblatt 1834 Nr. 40 verkündeten Vorschriften der Post zusammen, denn indem dorten der §. 36 von der Reklamation der verlorenen Sachen spricht, wird gerade bei dem Ersatz der be-

schädigten Sachen der Gegenwart des Empfängers, und dessen Recht des Ersatzes erwähnt, und alle Haftbarkeit hört durch die Uebernahme von Seiten des Empfängers auf. Daß aber der Postschein nicht au porteur ausgestellt wird, ergibt der §. 25 ausdrücklich, indem die Zurückgabe eines aufgegebenen Stücks ausdrücklich nicht an die alleinige Vorlage des Postscheins, sondern an die dort beschriebene Ausweisung über die Eigenschaft als Aufgeber gebunden wird, was nicht Statt finden könnte, wenn der Postschein au porteur ausgestellt, und sonach der Besitzer des Postscheins auch der Besitzer, oder vielmehr der Eigenthümer des zur Post aufgegebenen Stücks wäre.

Nach allem diesem mußte die allein nur auf die Inhabung des Postscheins begründete Klage, unter Verfällung des Klägers in die Kosten, abgewiesen werden.

Sander.

III.

Ist der Ehemann kraft Gesetzes Pfleger seiner minderjährigen Ehefrau?

Diese Frage ist in Nr. 31, IV. der Annalen von 1837 bejahend beantwortet, und dieselbe Ansicht wird mit Bezug auf den gedachten Aufsatz auch in dem Vereinsblatt für die Amtsrevisorate ausgesprochen.

Zur Widerlegung dieser Ansicht soll hier eine Entscheidung, welche von dem großherzoglichen Justizministerium bestätigt wurde, bekannt gemacht werden.

Ein Bürger von N. heirathete eine minderjährige Frau. Er wollte ihr Vermögen von dem gewesenen Vormund in Empfang nehmen, weil er der gesetzliche Pfleger und Vermögensverwalter sei, wurde aber von dem Amt mit seinem Antrag abgewiesen. —

Auf den ergriffenen Recurs erkannte die Kreisregierung: Die Vormundschaft über Margarethe N. hat sich nach L.R.S. 476 mit ihrer Verheirathung geendigt.

Es ist nun (nach L.R.S. 480, in Verbindung mit §. 15 des II. Einführungsedikts) durch das Amt, nach Erhebung des Gutachtens der nächsten Verwandten und des Waisengerichts, für dieselbe ein Pfleger zu bestellen, vor welchem der bisherige Vormund die Rechnung ablegt.

Eine solche Pflegschaft kann man dem Ehemann einer minderjährigen Frau übertragen, wenn er sich dazu nach Vermögen, Fähigkeit und Leumund eignet, es kann aber auch jede andere angemessene Person zum Pfleger ernannt werden.

Die Verwaltung des Ehemanns beschränkt sich, wenn er nicht Pfleger wird, auf die in L.R.S. 481 bestimmten Handlungen, während der Pfleger für den Capitalstock des Vermögens und dessen zweckmäßige Verwendung nach L.R.S. 482 verantwortlich ist. —

In dem Bericht an das großherzogliche Justizministerium wurde über diesen Gegenstand weiter bemerkt:

1) In Frankreich sind die Meinungen über die Frage getheilt. Siehe darüber Zachariä Handbuch §. 129, Note 3.

2) In dem Code annoté von Paillet werden für die tutela legitima des Ehemanns die Bestimmungen der L.R.S. 506 und 2208 angeführt. Der erstere Satz erklärt den Mann zum gesetzlichen Vormund der entmündigten Frau, der zweite Satz sagt, daß das Gericht der minderjährigen Frau einen Beistand zur Prozeßführung ernenne, wenn der Mann den Prozeß für sie nicht führen wolle.

Allein

a) der Ausnahmsfall des L.R.S. 506 eignet sich nicht zur analogen Anwendung. — Die Entmündigung tritt nur bei der volljährigen Frau ein. — Der Mann ist in der Regel beim Eintritt der Entmündigung bereits Verwalter ihres Vermögens (L.R.S. 1421, 1428, 1531). — Es wäre unbillig, ihm diese Verwaltung, die er mit Willen der Eigenthümerin bereits besitzt, zu entziehen. Die Aufsicht über die Person besitzt er schon kraft ehelichen Rechts. (L.R.S. 213). —

b) Bei L.R.S. 2208 ist zu erwägen:

α) Die Prozeßführung ist häufig bloße Verwaltungshandlung, und steht dann nach L.R.S. 481 der gewaltsentlassenen Frau mit Autorisation ihres Ehemanns zu.

Der L.R.S. 2208 redet von einem in Folge ausgeklagter Forderung gegen eheweibliche Liegenschaften gerichteten Zugriff, also nicht von den eigentlichen Liegenschaftsklagen, deren L.R.S. 482 gedenkt.

β) Jedenfalls scheint L.R.S. 2208 zwar vorauszusetzen, daß der Mann Pfleger seiner Frau seyn werde, aber er schreibt es nicht vor.

3) Von den deutschen Juristen erklären sich gegen die gesetzliche Curatel des Manns: Zachariä Handbuch §. 129. Baurittel Handbuch IV. Lieferung S. 536 — 537.

Es sprechen für ihre Ansicht unter andern folgende Gründe:

a) Die gesetzliche Vormundschaft kann nur da angenommen werden, wo ein Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt. — Dies ist bei der Pflegschaft über die gewaltsentlassene Frau nicht der Fall.

b) Der L.R.S. 480 schreibt vielmehr unbedingt vor, daß dem emancipirten Minderjährigen ein Pfleger durch den Familienrath ernannt werden solle.

In legislativer Hinsicht scheint es nicht zweckmäßig zu seyn, den Mann zum nothwendigen Pfleger zu machen, da es der Ehefrau, wenn sie volljährig wurde, außerst lästig werden muß, Rechenschaft über die Verwaltung von ihrem Gatten zu erhalten.

In den Fällen, wo sich die Frau auf völlige Vermögensabsonderung (L.R.S. 1536) verehlicht hat, also ihren Mann von der Verwaltung ausschließen wollte, würde er als gesetzlicher Pfleger dennoch über das Vermögen zu verfügen haben, und beim Eintritt der Volljährigkeit nicht ohne Störung der ehelichen Verhältnisse aus dem Besitz gesetzt werden können.

Das großherzogliche Justizministerium hat durch Erlaß vom 11. Juli 1837, Nr. 2728 den gegen die angegebene Regierungsverfügung ergriffenen Recurs aus den in dem Bericht angeführten Gründen und in Betracht, daß Recurrent früher in Gant gerathen sei, verworfen. —

Gleiches Schicksal hatte ein Recurs, welcher gegen eine ähnliche Verfügung derselben Kreisregierung ergriffen, und durch Justizministerialerlaß vom 11. Juli 1837, Nr. 2729 verworfen wurde.

Jghß.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. | Nro. 6. | Karlsruhe den 10. Februar. 1838.

I.

Verwandtenmord.

(Zweifelhaftigkeit des Thatbestandes.)

Der Kirchhof zu St. Ilgen ist mit Bäumen und Reben bepflanzt, woran dem Schullehrer daselbst die Nutzung zusteht. Während er nun am Nachmittag des 8. März 1836 mit dem Putzen der Bäume beschäftigt war, bemerkte seine mit anwesende Ehefrau, daß der Dachshund in dem Winkel an der Kirchenmauer etwas aus dem Boden hervorgescharrt habe. Das Hündchen stutzte einen Augenblick, sprang alsdann sehr zudringlich an seiner Herrin hinauf, lief schnell wieder in den Winkel, und wiederholte das Hin- und Herspringen so lange, bis sie ihm endlich folgte. Hier erblickte die Frau einen länglichten Klumpen, in Leinwand gewickelt, neben einer kleinen Grube, aus welcher ihn der Hund herausgezogen hatte. Der hinzugerufene Schullehrer schlug das Tuch sorgfältig zurück, in welchem sich die mit einem Häubchen und Hemdchen bekleidete Leiche eines Kindes befand.

Er schickte hierauf, nach kurzem Bedenken, seine Frau zur Hebamme, die bei ihrem Erscheinen äußerte, das Kind möge der Babette Kübler gehören, welche unlängst in der Heidelberger Anstalt niedergekommen seyn soll.

Auf Anordnung des von dem Funde in Kenntniß gesetzten Bürgermeisters verwahrte die Hebamme den Leichnam bis zur Vornahme der Legalinspektion und Sektion, welche am 9. März Statt fand.

Das Kind, welches nach dem Ermessen der Gerichtsärzte schon wenigstens vier Wochen todt gewesen seyn mochte, war weiblichen Geschlechts und völlig ausgetragen. Weder an dem Kopfe, noch an den übrigen Theilen des Körpers konnten, die eingetretene Fäulniß abgerechnet, Abnormitäten oder Spuren äußerer Gewalt wahrgenommen werden. Ergiebiger dagegen war die innere Besichtigung. Einen halben Zoll hinter der großen Fontanelle befand sich auf der Pfeilnath, zwischen der sehnichten Schädelhaube und den Seitenwandbeinen ein Blutextravasat, welches, sowohl an der inneren Fläche der allgemeinen Bedeckungen als an dem Pericranium stark anhängend, gegen zwei Quentchen geronnenen Bluts betrug. Die Schädelknochen waren leicht beweglich, und die Hirnhäute wie der lange Sinus mehr oder weniger mit Blut angefüllt. Zwischen beiden Hemisphären, also an der innern Fläche derselben und insbesondere an der hinteren Stelle, wo beide auf dem tentorio cerebelli aufliegen, entdeckte man ein Extravasat von circa vier Quentchen geronnenen Bluts, welches aber nicht so compact, sondern mehr verbreitet war. Die Grundfläche wurde unverletzt befunden. — Die Oeffnung der übrigen Cavitäten bot nichts Auffallendes dar.

Die Kunstverständigen erklärten in ihren Gutachten: daß fragliches Kind in Folge des Blutaustritts auf und in der Schädelhöhle, welcher durch die Einwirkung einer äußern Gewalt entstanden seyn müsse, eines apoplektischen Todes gestorben sei, allein aus dem Erfunde konnten sie nicht ermitteln, auf welche Weise die Gewaltseinwirkung Statt gefunden habe.

Die beschuldigte Barbara Kübler, welche schon am 9. März in Mannheim, wo sie vor wie nach ihrer Niederkunft bei einem jüdischen Handelsmann als Magd gedient hatte, zur Haft gebracht und sofort an das Oberamt Heidelberg zur Untersuchung abgeliefert wurde, ist den 5. Juni 1807 zu St. Ilgen geboren, vermögenslos und noch ledig, jedoch seit 1830 Mutter eines unehelichen Kindes, welches ihre zu St. Ilgen verehelichte Stiefschwester Barbara Moser in Kost und Pflege hat. Die gegen sie gepflogene Untersuchung lieferte folgendes Resultat: am 25. Jenner kam die Inquisitin in der academischen Entbindungsanstalt zu Heidelberg mit einem völlig reifen Mädchen nieder, und verließ am 3. Februar Nachmittags gegen zwei Uhr mit ihrem gesunden Kinde diese Anstalt, um sich in ihre Heimath zu begeben.

Nach ihrer Angabe im Verhör vom 11. März starb das Kind unterwegs zwischen Rohrbach und Leimen an den innern Gichtern in ihren Armen. Sie trug es nach St. Ilgen hinein, und vergrub es in einer Ecke des Kirchhofs

neben die Mauer, welche sie überstiegen hatte, weil der Kirchhof geschlossen war. Hierauf besuchte sie ihre Tante Marie Eva Schneider, bei welcher sie schlief. Den anderen Morgen in aller Frühe kehrte sie nach Heidelberg und von dort nach Mannheim zurück. — Das Hemdchen und Häubchen, womit der Leichnam bei seiner Entdeckung bekleidet war, wurden von ihr, auf Vorzeigen, ohne Umschweife anerkannt. Mittlerweile war die Anzeige eingelaufen, daß die Inquisitin am 7. Februar wieder im Gebährhaus zu Heidelberg erschienen, und daß sie einige Tage vorher in einem Bäckerhaus zu Heidelberg über Nacht gewesen sei.

Die hierüber einvernommene Hausfrau und Magd bestätigten auch, daß die Inquisitin eines Abends gegen 10 Uhr bei ihnen eingesprochen und um die Erlaubniß gebeten habe, bei der letzteren schlafen zu dürfen, wobei sie erzählte, daß sie von Mannheim käme und nach St. Ilgen gewollt hätte rc. Sie hatte übrigens kein Kind bei sich und entfernte sich den andern Morgen wieder.

Im Verhöre vom 23. März änderte nun die Inquisitin ihre erste Angabe dahin ab, daß sie am 3. Februar nicht nach St. Ilgen gegangen, sondern mit einer Retourchaise nach Mannheim gefahren sei, um zu sehen, ob sie nicht bei ihrer Dienstfrau als Säugamme unterkommen könne. Sie blieb daselbst über Nacht und ging den andern Vormittag mit dem Kinde, welches viel geschrieen und elend ausgesehen haben soll, wieder weiter, angeblich um das Kind nach St. Ilgen zu ihrer Schwester zu bringen. Die Angabe über den Aufenthalt in Mannheim wurde von ihrer Dienstherrschaft und einigen anderen Personen als wahr bestätigt. Die Inquisitin behauptete aber ferner, daß sie am 4. Februar von Mannheim nach Heidelberg zurückgefahren, zwischen drei und vier Uhr daselbst angekommen, und ohne Verzug mit dem Kinde zu Fuß nach St. Ilgen gegangen sei. Im Uebrigen beharrte sie bei ihrer ersten Angabe mit dem Zusatze, daß sie zwei bis dreimal bei der Schneider übernachtet, und fast die ganze Zeit im Bett zugebracht habe.

Wirklich ist auch durch die beschworenen Aussagen der Marie Eva, ihres Sohnes Franz und seiner Ehefrau Margaretha Schneider von St. Ilgen hergestellt, daß Inquisitin am Freitag den 5. Februar Abends beiläufig um 10 Uhr bei ihnen einsprach, um ein Nachtquartier bat und erzählte, sie habe für ihren Dienstherrn Geschäfte in Heidelberg gehabt, und gedacht, sie wolle nun ihre Verwandten besuchen. Den andern Tag blieb sie, unter dem Vorgeben, daß sie zu müd sei, um aufzustehen und fortzugehen, im Bette ihrer Tante liegen. Erst Abends in der Dämmerung kam sie auf eine Viertelstunde zur Margaretha Schneider in die Wohnstube herunter. Sie sprach jedoch mit Niemanden von einem Kinde und hatte auch kein solches bei sich. Sonntags den 7. Februar bei Tagesanbruch verabschiedete sich die Inquisitin mit dem Bemerken, daß sie nach Heidelberg gehen und von dort mit einem Wagen nach Mannheim reisen wolle.

Daß sie an diesem Tage von St. Ilgen nach Heidelberg gieng, ergibt sich insbesondere aus dem Zeugniß des Judenmädchens Marie Maier, mit welchem die Kübler in der Gegend von Leimen zusammentraf, und des Bürgers Ludwig Braun von St. Ilgen, welcher, aus der Stadt zurückkehrend, unweit des Mannheimer Thors, den beiden Mädchen begegnete und ihnen die Zeit bot.

Im Verhör vom 11. April mußte nun die Inquisitin zur Fr. 55 bekennen, daß sie an eben demselben Tage, als sie mit ihrem Kinde von Mannheim nach Heidelberg zurückgefahren, in dem Bäckerhaus zu Heidelberg übernachtet habe, indem sie zugleich angab, daß sie nach der Beerdigung des Kindes wieder nach Heidelberg zurückgegangen sei.

Als man ihr hiernächst vorhielt, daß sie demnach nicht schon am Donnerstag den 4. Februar — wie früher angegeben — sondern erst am Freitag den 5. Februar im Schneiderschen Hause eine Nachtherberge gesucht habe, erklärte dieselbe: sie sei von Heidelberg, wo sie in dem Bäckerhaus übernachtet, wieder nach St. Ilgen gegangen, um sich bei ihren Verwandten auszuruhen, weil sie sich noch zu matt gefühlt habe, ihre Dienste in Mannheim zu versehen. Ich war damals — sagte sie — so schwach, daß mir das Gedächtniß aus jener Zeit fast ganz entschwunden ist. Ich blieb fast die ganze Zeit, so lange ich zu St. Ilgen war, im Bette liegen.

Zugleich bestätigte die Inquisitin, daß sie am Sonntag den 7. Februar in Begleitung der Marie Maier sich nach Heidelberg begeben, und daß sie dort die Hebammen der Entbindungsanstalt besucht habe.

Nach der eidlichen Versicherung der Oberhebamme erzählte ihr die Inquisitin: das Kind sei bei ihrer Schwester zu St. Ilgen gestorben, und mit Vorwissen des Pfarrers durch den Schullehrer beerdigt worden rc. Wenn Jemand darnach frage, so solle sie nicht sagen, daß sie (die Kübler) in der Anstalt niedergekommen sei, indem bis jetzt Niemand etwas davon wisse. — Die Inquisitin gab dies — die auf den Pfarrer und Schullehrer bezügliche Aeußerung allein ausgenommen — mit dem Anfügen zu, sie hätte nicht haben wollen, daß Jemand in St. Ilgen ihre Niederkunft erfahre, weil sie gefürchtet, daß die heimliche Beerdigung herauskommen würde.

Der anderen Hebamme soll sie gesagt haben: das Kind sei wohl und weine auch nicht mehr; es befinde sich bei ihrer Schwester zu St. Ilgen. — Diese Angabe ward jedoch von der Kübler selbst in der Confrontation widersprochen.

Im Uebrigen stellte sie jede thätliche Mishandlung des Kindes beharrlich in Abrede, und versicherte wiederholt, daß sie sich, so lang es gelebt, nicht von ihm getrennt habe.

Bei Durchgehung der an das großherzogliche Hofgericht zur Aburtheilung eingesendeten Akten fand der aufgestellte Vertheidiger die Angabe der Inquisitin, daß sie mit der Leiche ihres Kindes zur Nachtzeit die Kirchhofmauer überstiegen habe, höchst unwahrscheinlich, und nahm davon Anlaß, sich hierüber mit ihr zu besprechen. Bei dieser Gelegenheit entdeckte sie ihm nun, daß nicht sie selbst, sondern ihre Stiefschwester Moser das Kind auf den Kirchhof getragen und daselbst verscharrt habe.

Diese Revelation zog weitere Erörterungen nach sich, in deren Folge die Inquisitin nach einigen Umschweifen gestand, daß sich die Sache wirklich so verhalte, wie sie der Vertheidiger vorgetragen. Sie habe nämlich das todte Kind ihrer Stiefschwester an dem schon erwähnten Abend ins Haus gebracht, und sie ersucht, dasselbe auf den Kirchhof zu begraben.

Nach einem harten Kampfe zwischen der Furcht vor der Strafe des Meineids und der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, gab auch die Moser diese Thatsache, welche sie bei ihrer früheren Einvernahme, des abgelegten Eides ungeachtet, verschwiegen hatte, als richtig zu, mit der feierlichen Betheuerung jedoch, daß sie nur, den inständigen Bitten ihrer Schwester nachgebend, das Kind, welches, nach Angabe derselben, schon einen Tag todt gewesen seyn soll, den andern Morgen vor Tagesanbruch auf dem Kirchhof an jener Stelle verscharrt habe, wo es durch den Hund des Schullehrers ans Tageslicht gezogen worden sei. Das ihr vorgezeigte Hemdchen und Häubchen erkannte sie für die nämlichen Kleidungsstücke, womit sie das Kind erhalten und begraben habe.

Zwar konnte die Moser den Tag, an dessen Abend ihr das todte Kind überbracht worden, nicht bestimmt angeben; sie erinnerte sich aber genau, daß die Kübler sich alsbald unter der Aeußerung entfernte, sie wolle bei der Schneider eine Unterkunft suchen. Den andern Mittag begab sich sodann die Moser in die Schneidersche Behausung, wo sie die Inculpatin im Bette ihrer Tante liegend antraf, und derselben erzählte, daß und wo sie das Kind begraben habe. Die Angeschuldigte nahm nun die Sache auf sich, und versprach ihrer Schwester, sie gewiß nicht zu verrathen.

Im Verhöre vom 6. September 1836 erzählt Inquisitin, daß sich die Moser lange gesträubt habe, das Kind zu übernehmen, und setzt hinzu: „Auf meine fortgesetzten Bitten behielt sie aber doch das Kind, und ich ging unverweilt in das Schneidersche Haus, wo ich dann wirklich, ohne von dem Kinde etwas zu erzählen, die Nacht bei Eva Maria Schneider zubrachte. Den andern Tag um die Mittagszeit kam meine Stiefschwester Moser in das Schneidersche Haus und trat vor mein Bett hin. Ich war damals gerade allein in der Kammer. Dort erzählte sie mir, sie hätte mein Kind mit Anbruch des Tages auf den Kirchhof hinten an der Kirchenmauer bei Rebstöcken vergraben rc.

„Ich sah sie dann nicht mehr, indem ich am darauf folgenden Tage Morgens frühe wegging, ohne sie wieder zu besuchen.“ —

Allein darauf wollte sich die Inquisitin selbst in der Confrontation mit der Moser nicht besinnen können, daß sie derselben gesagt habe, das Kind sei schon einen Tag todt. Der Vertheidiger suchte nun hauptsächlich auszuführen

I. daß überhaupt der Thatbestand der Tödtung unerwiesen sei, weil keine Gewißheit darüber vorliege, auf welche Weise und insbesondere, ob durch eine rechtswidrige Handlung der Inculpatin das fragliche Kind um's Leben gekommen;

II. daß, auch hievon abgesehen, nur ein mangelhafter Indicienbeweis gegen die Inculpatin vorliege, und eine Verurtheilung zu peinlicher Strafe auf bloße Inzichten niemals Statt finde; *)

III. daß zudem der gute Leumuth der Inquisitin und namentlich der Umstand, daß sie nicht heimlich geboren, und daß sie gegen ihr erstes Kind die Mutterpflichten bis jetzt getreulich erfüllt habe, für die Schuldlosigkeit derselben spreche. —

Nach dieser Ansicht ward durch hofgerichtliches Urtheil vom 2. Dezember 1836 die Angeschuldigte der Tödtung ihres Kindes für klagfrei erklärt, und der dagegen von dem Staatsanwalt ergriffene Recurs durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 29. Mai 1837 als unbegründet verworfen, wozu auf der einen Seite die Meinung, als sei der Thatbestand des angeschuldigten Verbrechens nicht constatirt, sondern vielmehr wahrscheinlich, daß fragliches Kind bei der Rückfahrt nach Heidelberg durch einen Stoß oder Druck auf den Kopf beschädigt worden, und auf der andern Seite die Annahme, als sei nicht erwiesen, daß die Kübler am 4. Februar 1836 ohne ihr Kind in Heidelberg übernachtet, und daß sie dasselbe den andern Abend todt nach St. Ilgen gebracht habe — das Meiste beigetragen zu haben scheint.

Beurtheilt man aber den Fall genau nach den Akten, so kann man auch zu einem ganz andern Resultate gelangen:

ad I. Das Verbrechen der Tödtung ist vorhanden, wenn die durch eine rechtswidrige Handlung entstandene Körperverletzung die wirkende Ursache des erfolgten Todes eines

*) Vergl. dagegen Annalen 1837, Nr. 31.

Menschen war. Feuerbach Lehrbuch rc. §. 208. Wenn von einer Tödtung durch Verwundung oder Vergiftung die Rede ist, so genügt der Beweis des Daseyns einer tödtlichen Wunde, oder die Auffindung des Giftes im Körper oder der von demselben im Körper angerichteten Zerstörungen. Die Unmöglichkeit hingegen, daß der Tod des Verwundeten oder Vergifteten von einer anderen Ursache, als von der Wunde oder Vergiftung, z. B. von einem Schlagflusse u. s. w., herrühren könne, braucht nicht erwiesen zu seyn; — mathematische Gewißheit kann in dieser Beziehung nicht gefodert werden. Tittmann Handbuch rc. III. Bd. §. 891 und 892. Nun haben sich auf und in der Schädelhöhle des fraglichen Kindes bedeutende Blutextravasate vorgefunden, welche nicht von selbst, sondern nur durch die Einwirkung einer äußeren Gewalt auf jenen Körpertheil entstanden seyn können. Daß diese gewaltsam erzeugten Abnormitäten den Tod des Kindes nothwendig zur Folge haben mußten, ist von den Kunstverständigen einstimmig ausgesprochen. Von welcher Art die äußere Gewalt, wodurch die innere Verletzung hervorgebracht wurde, gewesen seyn mag, bleibt freilich unentschieden. Allein man muß hiebei nicht stehen bleiben, sondern die Umstände, welche zwischen der Geburt und dem Ableben des Kindes in Mitte liegen, mit zu Rathe ziehen.

Da besagtes Kind in normalem Zustande ganz unbeschädigt und gesund zur Welt kam, auch wenigstens zehn Tage nach der Geburt noch lebte, so rechtfertigt sich die Annahme der Gerichtsärzte, daß es weder im Mutterleibe noch bei der Geburt verletzt worden sei, um so mehr, als letztere nach dem Zeugniß der Hebammen leicht und regelmäßig von Statten gieng. Das Kind war aber auch noch eben so gesund, als die Inquisitin mit demselben am 3. Februar 1836 die Entbindungsanstalt verließ. Hierüber liegen officielle Zeugnisse vor. Wenn nun die Angeschuldigte, nach ihrer wiederholten Versicherung, von jenem Tage an sich mit dem Kinde, so lang es gelebt, in ununterbrochener Gemeinschaft befand, und keine mit den Naturgesetzen vereinbare Todesart, kein widriges Ereigniß oder Ungefähr anzuführen oder wahrscheinlich zu machen vermochte, welches dem Kinde den Tod gebracht haben könnte, so muß man denn doch unwillkührlich zu der Vermuthung gelangen, daß nur sie selbst Hand an das Kind gelegt haben kann, da keine dritte Person mit im Spiele war. Besteht aber überall kein Grund, eine andere als menschliche Gewaltsübung anzunehmen, so muß diese Handlung nothwendig der Angeschuldigten imputirt werden, wenn gleich die Aerzte der Verletzung nicht ansehen konnten, wie und durch wen sie hervorgebracht wurde. Indessen ist die Beantwortung der Frage: ob die Handlung eine rechtswidrige war? ausschließliche Aufgabe des urtheilenden Richters, nicht des Arztes. Der zuletzt allegirte Schriftsteller bemerkt nun in Bezug auf den Kindsmord, §. 884 S. 586:

„Ist endlich über die Mutter so wenig, als über das Kind selbst ein Zweifel, sondern blos davon die Rede, ob dasselbe ermordet oder todt geboren worden, oder eines natürlichen Todes gestorben sei, so können allerdings die Wunden, welche an dem Leichname gefunden werden, den Mord außer Zweifel setzen; auch muß die Vermuthung gegen die Mutter, als Urheberin dieser Wunden so lange gelten, bis sie bewiesen hat, daß sie von einer dritten Person herrühren."

Dieser in der Vernunft begründete Satz paßt — obschon es sich hier um einen Verwandtenmord handelt — in so fern auf den vorliegenden Fall, als die Inquisitin mit ihrem Kinde zur Zeit seines Ablebens ganz allein in Berührung war und nicht entfernt auf die Idee kam zu behaupten, es sei ihm am 4. Februar im Wagen selbst oder beim Ein- oder Aussteigen auch nur ein Haar gekrümmt worden.

Man darf aber wohl annehmen, daß die Inquisitin, welche sich sehr gut zu vertheidigen wußte, nicht unterlassen haben würde, ein allenfallsiges Begegniß dieser Art zu ihrer Entschuldigung anzuführen. Allein sie wollte selbst in ihrer Vernehmlassung auf den Recurs des Staatsanwalts sich eines solchen Unfalls nicht erinnern können, wie sie denn überhaupt nicht zu wissen vorgibt, auf welche Art die Verletzung im Kopfe des Kindes entstanden seyn mochte. Nach dem Ausspruch der Gerichtsärzte mußte aber in Folge des beträchtlichen Extravasats der Tod des Kindes alsbald eintreten. Es würde also in wenig Augenblicken — ohne Zweifel unter sichtbaren Convulsionen — im Wagen selbst verschieden seyn, wenn es dort die Kopfverletzung erhalten hätte. Dies konnte aber — sollte man glauben — der sorgsamen Mutter, die ihm doch am nächsten war, nicht wohl unbemerkbar bleiben. Wäre noch obendrein der Stoß oder Druck auf den Schädel des Kindes durch eine Erschütterung des Wagens — dessen Beschaffenheit übrigens eben so unbekannt als die Fahrt selbst unerwiesen ist — verursacht worden, so hätte solchen die Inquisitin, weil sie das Kind in den Armen und auf dem Schooße hielt, zunächst empfinden müssen. Da ihr jedoch von allem dem nicht das Mindeste erinnerlich, vielmehr das Kind, nach ihrer eigenen Angabe, wohlbehalten aus dem Wagen gekommen ist, so muß es, statt auf die vom Vertheidiger ausgedachte Weise, unter ganz andern Umständen sein Leben eingebüßt, und den Todesstreich erst dann empfangen haben, als sich die Mutter ganz allein mit ihm zu ebener Erde befand. Man wolle sich hiezu nur die Manipulation der Cäcilia Debold auf einen Augenblick vergegenwärtigen, Annalen 1837 Nr. 21, um sich einen Begriff

davon zu machen, wie unsere Inquisitin ungefähr zu Werk gegangen seyn dürfte. Es wird sich dann bloß fragen:

ad II. ob derselben eine den Tod ihres Kindes beabsichtigende Handlung mit Grund zugetraut werden kann?

Die gegen die Inquisitin vorliegenden Indicien reduciren sich im Wesentlichen auf folgende:

1) Sie ist geständig und überwiesen, sowohl ihrer Stiefschwester, bei welcher sie vor ihrem Eintritt in die Entbindungsanstalt zwei bis drei Wochen zugebracht hatte, als der Ortshebamme zu St. Ilgen, von welcher sie damals wegen ihres verzogenen Gesichts zu Rede gestellt ward, die Schwangerschaft verläugnet zu haben, und zwar, wie sie vorgibt, aus Rücksicht für die Verwandtschaft, welcher sie die Schande habe sparen wollen.

2) Schon in der Entbindungsanstalt behandelte sie ihr Kind, nach dem Zeugniß der Hebammen, gleichgültig und lieblos und beeilte sich ganz besonders, recht bald fortzukommen, was auch schon daraus hervorgeht, daß sie die gewöhnliche Zeit von 14 Tagen nicht aushielt.

3) Am 3. Februar aus der Klinik entlassen, schlug sie, statt ihr Kind ohne Verzug in die Heimath zu verbringen, den Weg nach Mannheim und zwar angeblich blos darum ein, weil sich ihr zufällig eine Fahrgelegenheit dargeboten haben soll. Ob dieses Herumvagiren bei der rauhen Witterung, welche im Monat Februar zu herrschen pflegt, dem Säugling zuträglich seyn mochte oder nicht, scheint ihr ganz gleichgültig gewesen zu seyn.

4) Gegen ihre Dienstherrschaft in Mannheim äußerte die Inquisitin, daß sie das Kind, welches kränklich sei, ihrer Schwester zu St. Ilgen in Verpflegung geben wolle. Sie entfernte sich mit demselben am Vormittag des 4. Februars, und kehrte Abends um 10 Uhr in dem Bäckerhause zu Heidelberg ein, ohne ein Kind bei sich zu haben. Dasselbe muß also jetzt schon todt gewesen seyn, weil die Inquisitin immerfort behauptet, daß sie es, so lange es gelebt, nie von sich gelassen habe!

5) Den andern Morgen verließ die Inquisitin ihre Nachtherberge und überbrachte Abends gegen 9 Uhr ihrer Stiefschwester zu St. Ilgen ein Kind mit dem Bemerken, daß es schon einen Tag todt sei. Wer möchte nun, da die Inquisitin selbst sagt, das Kind sei an einem Donnerstag, als sie mit demselben von Mannheim nach Heidelberg zurückgefahren, und von dort zu Fuß nach St. Ilgen gegangen, in ihren Armen verschieden — noch bezweifeln, daß es wirklich am Abend des 4. Februars ums Leben gekommen, und die Nacht über, bis zum folgenden Abend, wo es die Inquisitin unter dem Schutze der Dunkelheit nach dem ungefähr dritthalb Stunden von Heidelberg entlegenen St. Ilgen getragen hat, irgendwo verborgen gewesen sei?

Daß aber dieses unglückliche Geschöpf keines natürlichen, sondern eines gewaltsamen Todes gestorben, steht fest, da nach der Verordnung vom 1. April 1824 das Gutachten der großherzoglichen Sanitätscommission dem richterlichen Erkenntnisse unbedingt zum Grunde gelegt werden muß. Auf wessen Rechnung soll nun die Gewaltthat, deren Wirkungen die Section zu Tag gefördert hat, gesetzt werden, wenn nach der eigenen Angabe der Inquisitin keine dritte Person in der Lage war, thätlich auf das Kind einwirken zu können? Doch nicht genug.

6) Die Inquisitin bestürmte ihre Schwester mit der Bitte, das Kind heimlich auf den Kirchhof zu begraben, und bekümmerte sich, nach erhaltener Zusage, nicht weiter um dasselbe. Sie wollte, ihrem Geständniß zufolge, nicht haben, daß Jemand in St. Ilgen ihre Niederkunft erfahre, weil sie gefürchtet, daß die heimliche Beerdigung des Kindes herauskommen könnte.

Es ist demnach nur allzuklar, daß sie ihre Schwangerschaft in St. Ilgen verläugnete, damit man ihr nicht auf die Niederkunft passe; und daß sie diese verschwieg, damit das heimliche Begräbniß des Kindes unentdeckt bleibe.

Darum spiegelte sie auch der Schneiderschen Familie am 5. Februar vor, sie hätte Geschäfte für ihren Herrn in Heidelberg zu besorgen gehabt, und gedacht, sie wolle nun ihre Verwandten besuchen; damit diese glauben sollten, sie wäre seit ihrer letzten Anwesenheit um Weihnachten wieder in ihrem Dienste zu Mannheim, und also nicht im Gebährhaus zu Heidelberg gewesen.

Ueberhaupt waren die Erzählungen, welche die Inquisitin am 7. Februar den Hebammen daselbst unaufgefordert machte, augenscheinlich darauf berechnet, daß Niemand das wahre Schicksal ihres Kindes erfahre. — Wie sie hiebei calculirt haben mag, ist leicht zu durchschauen. Sie hatte die Absicht, ihren alten Dienst wieder anzutreten. In St. Ilgen wußte man nichts Zuverläßiges über ihre zweite Schwangerschaft, und in Mannheim hatte sie das lebendige Kind sehen lassen, weil ihrer Dienstherrschaft die Niederkunft in der Klinik zu Heidelberg bekannt war. Wenn nun die Moser das todte Kind, welches in St. Ilgen sonst Niemand zu Gesicht bekam, heimlich verscharrte, wenn keine der Hebammen aus der Schule schwatzte, vielmehr die Eine das Kind noch am Leben glaubte, die Andere hingegen in der Meinung stand, daß es zwar gestorben, aber mit Vorwissen des Pfarrers durch den Schullehrer, mithin offenkundig, beerdigt worden sei — so konnte man weder in Mannheim, noch in Heidelberg, noch in St. Ilgen auf die Idee kommen, nach dem zweiten Kinde der Inquisitin zu fragen. Ohne Zweifel wäre auch das Gras darüber gewachsen, hätte nicht der Hund des Schullehrers das Geheimniß enthüllt. Wozu aber all diese falschen Vor-

spiegelungen und verdächtigen Heimlichkeiten, wenn die Inquisitin ihr Kind nicht wirklich erschlagen und also keine Ursache gehabt hätte, die Leiche den Augen der Welt zu entziehen? Die heimliche Verscharrung des Leichnams, an welcher ihr so viel gelegen war, steht im engsten Zusammenhange mit ihrem vorausgegangenen Benehmen. Wäre es ihr darum zu thun gewesen, das Kind zu ernähren und groß zu ziehen, so würde sie sich um Weihnachten mit ihrer Schwester, statt derselben die Schwangerschaft zu verläugnen, vorläufig wegen dessen Uebernahme und Verpflegung besprochen, sie würde das Kind in der Gebähranstalt nicht verwahrlost und dasselbe nach ihrer Entlassung unverzüglich nach St. Ilgen gebracht, sie würde sich beim Pfarramte gemeldet, und die benöthigte Unterstützung aus der Gemeindekasse nachgesucht haben u. s. w. Aber auch abgesehen von dieser auffallenden Sorglosigkeit, hätte sich die Inquisitin, wäre sie unschuldig an dem Tode ihres Kindes, ganz anders verhalten müssen. Was konnte ihr, da sie nun doch einmal den Leichnam nach St. Ilgen getragen, dringender seyn, als dem Pfarramte den Todesfall gleichbald anzuzeigen, eine Leichenschau zu veranlassen, und die Beerdigung durch den Geistlichen zu begehren, um sich von allem Verdachte zu reinigen? Was konnte sie — schon seit 1830 ihrer Geschlechtsehre verlustig — zu einer entgegengesetzten Handlungsweise bestimmen, als die Gefahr, der strafenden Gerechtigkeit in die Hände zu fallen, wenn an der Leiche die unverkennbaren Spuren der verübten Gräuelthat entdeckt werden?

7) Bedenkt man, daß die Inquisitin, welche ihren Schwängerer nicht mit Namen angeben zu können erklärte, mittellos und genöthigt ist, als Magd ihr Brod zu verdienen, so läßt sich auch begreifen, daß sie zu dem äußersten Mittel ihre Zuflucht nehmen konnte, um sich der Sorgen für ihr zweites Kind zu entledigen. Sagte sie doch im Verhör vom 12. April selbst: „wenn das Kind am Leben geblieben wäre, so hätte ich mich doch mit ihm quälen müssen, wiewohl ich dieß gern gethan hätte.“ — Das Motiv der That scheint demnach sehr nahe zu liegen, zumal die Inquisitin schon ein Kind zu ernähren hat.

8) Die gerichtlichen Lügen, welche sich die Inquisitin der Reihe nach zu Schulden kommen ließ, unterstützen endlich die Anschuldigung noch ganz besonders, weil sich mit Recht vermuthen läßt, daß ein wichtiges Interesse sie bestimmt haben muß, die Wahrheit zu hinterhalten. Namentlich hatte sie es darauf abgesehen, den Tag, an welchem das Kind seinen Tod gefunden, sorgfältig zu maskiren, um alle Nachforschungen zu vereiteln. Nachdem dieselbe überführt war, daß sie nicht schon, wie zuerst angegeben, am 3. Februar nach St. Ilgen gegangen, sondern nach Mannheim gekommen und bis den andern Vormittag daselbst verblieben ist, verlegte sie ihre Fußreise auf den 4. Februar, und ließ also das Kind einen Tag später sterben. Als hiernächst ausgemittelt war, daß sie die Nacht von diesem Tage in einem Bäckerhause zu Heidelberg und also nicht bei ihrer Tante zu St. Ilgen zugebracht habe, indem sie erst am 5. Februar spät Abends bei der letzteren eingetroffen ist, wollte sie am 4. Februar, nach der Beerdigung des Kindes, nächtlicherweile nach Heidelberg zurückgekehrt, in dem Bäckerhaus über Nacht geblieben und den andern Tag wieder nach St. Ilgen gegangen seyn, um bei ihren Verwandten sich auszuruhen. Da sie am Ende noch zugeben mußte, daß nicht sie selbst, sondern ihre Schwester das Kind beerdigt, und daß sie eben an jenem Abend, als sie die Leiche nach St Ilgen gebracht, sich bei ihrer Tante einlogirt hatte, so ist auch vollkommen gewiß, daß sie nicht schon am 4., sondern erst am 5. Februar in der Nacht mit dem Kinde nach St. Ilgen gekommen seyn muß. Dessen ungeachtet will die Inquisitin nicht anders wissen und meinen, als daß sie an dem nämlichen Tag, an welchem sie von Mannheim nach Heidelberg zurückgefahren, das Kind, welches damals zwischen Rohrbach und Leimen in ihren Armen verschieden sei, nach St. Ilgen gebracht habe, um nicht darüber Rechenschaft geben zu müssen, wo sie sich am 4. und 5. Februar den Tag über herumgetrieben, wo sie den Leichnam des Kindes von dem einen Abend bis zum andern verborgen gehabt, und wo sie sich am letztgenannten Tage so müd gelaufen hat, daß sie den folgenden Tag im Bett liegen mußte. Durch die Zusammenschmelzung dieser beiden Tage in Einen, wußte die Inquisitin mit Hilfe einer affectirten Gedächtnißschwäche allen Fragen über ihr geheimnißvolles Treiben geschickt vorzubeugen. Sie erscheint daher schon allein nach diesem Verhalten in der Untersuchung als eine Person, zu welcher man sich der in Frage stehenden That wohl versehen kann.

ad III. Gleichwohl ist unter den Gründen, welche für die Unschuld der Inquisitin sprechen sollen, oben angestellt:

1) Der gute Leumuth, weil ihr außerdem, daß sie bereits im Jahr 1830 ein uneheliches Kind geboren hat, nichts weiter zur Last gelegt werden könne.

Wie mancher Mensch hatte sich aber eines guten Rufs erfreut, bis er zum Verbrecher wurde oder bis sein Unwesen an den Tag kam. Es ist an sich sonderbar, daß Jemanden die erste Missethat bloß darum nicht zugetraut werden soll, weil er noch keine zweite begangen hat. Uebrigens dürfte die gute Meinung von dem früheren Lebenswandel der Inquisitin, durch das ad II. Vorgetragene so ziemlich geschwächt werden.

2) Die getreuliche Erfüllung der Mutterpflichten gegen

das erste Kind soll ebenfalls nicht annehmen lassen, daß die Inquisitin ihr zweites Kind ums Leben gebracht habe.

Darauf möchte jedoch wenig oder gar kein Werth zu legen seyn, weil die Angeschuldigte, schon für die Ernährung des ersten Kindes in Anspruch genommen, das zweite von seiner Geburt an erwiesenermaßen übel behandelt hat. Jener Schluß ist also, bei veränderten Umständen, nicht zuläßig. Hatte nicht auch die E. Debold ihr erstes Kind gut gepflegt, und doch das zweite, wenige Stunden nach ihrer Entlassung aus der Heidelberger Gebähranstalt, am 29. April 1836 zwischen Rohrbach und Leimen auf eine schauderhafte Weise ermordet!

3) Die Ruhe, womit sich die Beschuldigte bei allen ihren Verhören über die Lebensfrage in dieser Untersuchung ausgesprochen haben soll, wurde nicht minder beifällig aufgenommen.

Sie hat aber inhaltlich der Akten in den jeweiligen Verhören bald geweint, bald gelächelt, bald die Thränen unterdrückt, bald die Achseln gezuckt, bald ruhig und bald betroffen geschienen. Die vermeintliche Ruhe konnte ihr mithin nicht zum Vorstand gereichen. — Ganz besonders empfahl sich die Inculpatin endlich durch den Kunstgriff,

4) daß sie den Sectionsbefund nicht natürlich zu erklären suchte, daß sie vielmehr darüber stillschwieg, ohne sich etwaiger Ausflüchte zu bedienen!

Dies ist indessen schon dadurch motivirt, daß sie das Kind an den innern Gichtern versterben ließ. Sie ertheilte aber auch auf den ihr im Verhör vom 12. April gemachten Vorhalt: daß sie mit dem dringenden Verdachte belastet sei, ihrem Kinde das Leben genommen zu haben — die Antwort: „Ich weiß jetzt recht wohl, wodurch das Kind den Schaden — bekommen hat. Ich trug nämlich kurz vor Weihnachten viele Körbe rothen Sand, welchen meine Herrschaft gekauft hatte, in den Keller hinunter und dabei fühlte ich, daß ich mir und meinem Kinde wehe that; denn ich hob die Körbe mit herunter hängenden Armen vor den Leib hin, welcher mithin Schritt für Schritt einen Druck erhielt.“ —

Hiernach hat es die Inquisitin an einem Versuch, die Entstehung des Extravasats auf eine natürliche Weise zu erklären, nicht fehlen lassen, obgleich solcher von den Kunstverständigen schon deßwegen für mißlungen erachtet werden mußte, weil das Kind unbeschädigt und gesund zur Welt kam und noch zehn Tage lebte, ehe es eines gewaltsamen Todes starb.

Da sich's die Inquisitin überhaupt nicht zur Aufgabe gemacht hat, die Wahrheit zu sagen, so durfte begreiflicherweise auch kein Aufschluß über die wahrhaftige Entstehungsart des Blutaustrittes von ihr erwartet werden. Immerhin aber hat sich die beliebte Maxime: „si fecisti nega“ in ihrer Nutzanwendung auf den vorliegenden Fall als sehr praktisch bewährt.

Bayer.

II.

Oberhofgericht.

Ueber den Widerruf von Geständnissen im Civilprozesse.

Odengefäß gegen Nassig.

Ueber das Schicksal dieses Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz berichten die Annalen dritter Jahrgang, Nr. 50, S. 295 — 299.

Es verdient nur noch bemerkt zu werden, daß die Ladung auf die von der Klägerin gegen das hofgerichtliche Urtheil erhobene Wiederherstellungsklage durch hofgerichtlichen Beschluß vom 15. Dezember 1835 abgeschlagen worden ist. Annalen vierter Jahrgang, Nr. 11, S. 63 bis 65.

Die Klägerin hatte aber gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 19. September 1834 auch die Oberberufung ergriffen, und sich somit eines devolutiven und eines außerordentlichen Rechtsmittels gegen das nämliche Erkenntniß bedient. Allein die Oberberufung hatte keinen bessern Erfolg als die Wiederherstellungsklage, indem das hofgerichtliche Urtheil unterm 11. November 1836 in letzter Instanz bestätigt wurde.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß die Prozeßordnung der simultanen Ausführung der Oberappellation und Restitution nicht entgegensteht, und ein Verzicht auf die Oberberufung in der gleichzeitigen Anstellung der Wiederherstellungsklage nicht enthalten, somit die Opperappellation, der entschiedenen Restitution ungeachtet, jetzt noch zuläßig ist *);

Nach Ansicht des §. 148 der Prozeßordnung, nach welchem eine Partei, wenn sie beim mündlichen Vortrag ihrer Rechtssache nicht gegenwärtig war, oder dieser von ihr nicht unterschrieben ist, die Zugeständnisse irriger Thatsachen durch Widerruf anfechten und nach Umständen unwirksam machen kann;

In Betracht, daß das hier befragte, im amtlichen Protocoll vom 21. Februar 1834 enthaltene Geständniß der Gemeinde Nassig nur von ihrem Bürgermeister Sch. und dem von diesem bevollmächtigten Rechtspraktikanten W. abgelegt wurde;

---

*) Man sehe dagegen die Annalen, erster Jahrgang S. 305.

In Erwägung, daß der benannte Bürgermeister selbst nicht von der beklagten Gemeinde, sondern einzig von dem Gemeinderath bevollmächtigt war;

In Betracht, daß jedoch nach §. 126 der Gemeindeordnung der Gemeinderath nicht befugt war, den Bürgermeister als alleinigen Geschäftsbesorger der Gemeinde zu bevollmächtigen, sondern nebst dem Bürgermeister noch zwei Beigeordnete aus der Mitte des Gemeinderaths zur Besorgung des Geeigneten zu ernennen waren;

In Erwägung, daß zwar eine spätere Vollmacht vorliegt, nach welcher die Gemeinde selbst ihrem mehr erwähnten Bürgermeister die Besorgung ihrer Rechtssache übertrug, daß aber nach dem §. 125 der Gemeindeordnung die Gemeinde nur darüber: ob einem Anspruch gerichtlich zu begegnen sei? abzustimmen hat, dagegen nach §. 126 ibid. nicht die Gemeinde selbst, sondern wenn die Uebernahme des Rechtsstreits einmal beschlossen ist, ohne weitere unmittelbare Mitwirkung der Gemeinde nur der Gemeinderath das Weitere des Rechtsstreits zu besorgen, dieser aber, wie bereits bemerkt wurde, zwei Beigeordnete neben dem Bürgermeister zur Besorgung des Geeigneten zu ernennen hat;

In Betracht, daß dieser gesetzlichen Bestimmung auch dadurch nicht entsprochen ist, daß der Rechtspraktikant W. in einer weiteren Vollmacht v. 27. März 1834 von dem Bürgermeister und gesammten Gemeinderath nebst einem Ausschußmann bevollmächtigt wurde, welche Vollmacht auf die früheren Handlungen dieses Bevollmächtigten nach §. 138 der Prozeßordnung zurückbezogen werden könnte, indem zur Ablegung von Geständnissen nach L.R.S. 1356 und §. 142 Nr. 12 der Prozeßordnung eine Specialvollmacht wäre erforderlich gewesen, die einmal in der eben gedachten Vollmachtsurkunde nicht enthalten ist, und zum anderen von dem Gemeinderath auch nicht ertheilt werden könnte, weil solche nicht von den Gemeindsvertretern, sondern einzig von der Gemeinde selbst hätte ausgehen können;

In Erwägung, daß der Beweis eines Irrthums nur dann erforderlich ist, wenn das Geständniß von der Partei selbst abgelegt wurde, nicht aber auch alsdann, wenn solches wegen des Mangels einer Ermächtigung der Sachwalter, mithin aus einem blos formellen Grunde angefochten wird;

In Erwägung, daß über die Zuläßigkeit eines Widerrufs mittelst eines Zwischenverfahrens, somit summarisch zu verhandeln ist, daher der Beweis:

„daß der amtliche Bescheid vom 7. Oktober 1834 der Gemeinde selbst schon am 26 ejusd. eröffnet wurde, somit der Widerruf wegen Ablauf der 14tägigen Frist versäumt sei —"

nach dem §. 674, Nr. 4 der Prozeßordnung schon mit der Einlassung auf die Imploration zur Anerkennung des Widerrufs hätte angetreten werden sollen, und daher in dritter Instanz nicht mehr zuläßig ist;

In Erwägung, daß der Beweis der an die Gemeinde Nassig geschehenen Eröffnung des amtlichen Bescheids vom 7. Oktober 1834 unerheblich ist, indem die Eröffnung nicht an die Gemeinde, sondern an die zur Führung des Prozesses durch den §. 126 der Gemeindeordnung gesetzlich legitimirten Bürgermeister und zwei Gemeinderäthe hätte geschehen sollen, solche aber an den Bürgermeister allein geschah, und die Bestellung von zwei Beigeordneten desselben von Seiten der Gemeinde unterlassen worden ist.

A. d. Gr. ꝛc. ꝛc.

Bayer.

III.

Curiosum.

Wie man Beweiserkenntnisse verändert!

In einem Prozesse zwischen der Grundherrschaft v. B. und der Gemeinde M. verfolgte erstere gegen letztere ein ausschließliches Waidrecht auf der Gemarkung. Das Amt A. erließ folgendes Beweiserkenntniß:

Der klagende Theil habe zu erweisen, daß ihm das ausschließliche Waidrecht auf der Gemarkung der Gemeinde M. zustehe, und letztere schuldig sei, sich des Austreibens von Schafen zu enthalten.

Der klägerische Anwalt bemerkte hiegegen, daß in diesem Erkenntnisse nicht die dem Klagbegehren zu Grunde gelegten Thatsachen, sondern das Klagbegehren selbst, d. h. die rechtlichen Folgerungen aus jenen Thatsachen zum Beweise ausgesetzt seien. Da nun aber Gegenstand eines Beweiserkenntnisses nur Thatsachen seyn können, so werde um Verbesserung desselben gebeten.

Hierauf verfügte das Amt:

Wird nunmehr das amtliche Beweiserkenntniß dahin abgeändert und festgestellt:

„Würde Klägerin erweisen, daß ihr das Waiden mit Schafen auf der Gemarkung M. allein und ausschließlich zustehe, und solche daher befugt sei, der Gemeinde M. oder den dortigen Güterbesitzern das Austreiben von Schafen zu untersagen, so soll ꝛc.

Leider sind diesem Beschlusse keine Entscheidungsgründe beigefügt, aus welchen man ersehen könnte, welchen Unterschied das Amt sich zwischen diesen beiden Erkenntnissen gedacht hat.

X.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 7. Karlsruhe den 17. Februar. 1838.

I.

Ueber die Fassung des dispositiven Theils der Urtheile.

Wenn ein Streit sich erhebt über ein bürgerliches Rechtsverhältniß, und die Partheien die richterliche Gewalt anrufen, so ist es ihr Bestreben, eine Entscheidung zu erlangen; sie wollen, daß diese Frage zwischen ihnen zu einem Ausgange gebracht, daß ein Endurtheil gegeben werde.

Erreichen sie auch stets diesen Zweck so, daß, wenn ein Erkenntniß erfolgte, damit auch des Streitens ein Ende sei? —

Diese Frage ward mir nahegelegt, als in einem concreten Falle ein Theil sich auf ein angeblich früher in dieser nämlichen anhängigen Sache ergangenes Urtheil berief, d. h. die exc. rei judicatae vorschützte, dieses Urtheil nun der richterlichen Prüfung unterworfen, und in mehr als einer Beziehung mangelhaft befunden ward. — Diese Mängel bezogen sich hauptsächlich auf die formelle Fassung, und gaben die Ueberzeugung, wie sehr sorgsam diese jedesmal einzurichten sei. Denn wie wenig drücken Endbescheide oft das aus, was sie eigentlich sagen sollen, lassen errathen, was der Richter meinte, aber in Gedanken behielt, während er ein Anderes schrieb.

Es sei mir erlaubt, folgende Meinung über die unsern Prozeßgesetzen entsprechende Fassung des dispositiven Theils der Enderkenntnisse hier niederzulegen.

Die Prozeßordnung hat bezüglich des Inhalts der End-Sentenzen nur dahin sich ausgesprochen, daß sie im §. 378 (mit Bezug auf §. 354) bestimmte, im Eingange derselben solle das urtheilende Gericht, der Namen und Wohnort der Partheien, die Parteirolle eines Jeden und der Streitgegenstand benannt seyn. So dienlich diese Bestimmungen, so streng sie einzuhalten sind, so scheinen sie doch keineswegs den ganzen Umfang, den ein Enderkenntniß einnehmen soll, gehörig und erschöpfend zu bezeichnen; denn nothwendiger Inhalt ist doch wohl, daß ein Ausspruch über das streitige Verhältniß erfolge, nothwendig scheint die Bezeichnung des Klaggrunds; aber weder jene §§. noch sonstige erwähnen darüber etwas. Wir müssen daher auf indirectem Wege suchen, was bestimmt ausgesprochen nicht vorliegt.

Wir finden nun, daß uns §. 370 der Prozeßordnung das Wesen eines Endbescheids dahin bestimmt, daß er in demselben über alle Streitfragen erkannt wissen will. Das Wesentliche des ganzen Prozesses soll sich hier concentrirt finden; alle Vorträge, wie sie bisher von den Partheien gehalten wurden, sollen sich in diesem letzten Spiegel reflectiren. Wir haben es im Endurtheile mit nichts Anderem zu thun, als mit denselben Verhältnissen, welche uns im Laufe des Streits beschäftigten, denn diese streitigen Punkte bilden ja den Inhalt; — somit werden aber auch dieselben Regeln, welche die Vorträge während des Prozesses leiteten, auf diesen Inhalt anwendbar, da dieser ja nur durch jene gegeben und gebildet wird. So erscheinen denn, bei diesem Nachgehen, die Grenzen eines Definitiv-Bescheids auf einmal bestimmt und bekannt, denn, wenn über alle Streitfragen darin entschieden werden soll, so müssen wir, um die Requisite jenes zu finden, auf die Erfordernisse des Vorbringens dieser zurück gehen.

Die streitigen Punkte werden nun in den verschiedenen Parteischriften niedergelegt; diese Beschaffenheit ist dadurch genau in der Prozeßordnung bestimmt, daß sie sich über den Inhalt einer Klage ausspricht, und alle folgenden selbstständigen Behauptungen eben so angeordnet und beschaffen wissen will, wie die Klage selbst, cfr. §§. 293, 323 der Prozeßordnung, daher das gleich Anzuführende auch für sie gilt. Die Requisite einer Klage sind durch die §§. 247, 350, 1105 bestimmt. Da es bei einem bürgerlichen Rechtsstreite überall nur auf Thatsachen und deren gesetzliche Folgen ankommt, die Thatsachen aber nach Verschiedenheit der Fälle sehr verschieden seyn können, so ist höchste Deutlichkeit und möglichste Bestimmtheit im Vortrag von Thatsachen die nächste Pflicht der streitenden Theile, ohne deren Erfüllung der Richter nicht zu verhandeln braucht. Es wird also erfordert, daß bestimmt und deutlich angegeben werden:

1) Die Streitenden (ihr Namen, Wohnort)

2) ihre Parteirollen,

3) der thatsächliche Grund des Begehrens,

4) der Gegenstand dieses Begehrens,

5) dieses Gesuch selbst.

Ueber Alles, was in der Klage und im Laufe des Verfahrens von Erheblichkeit und Bedeutung vorgetragen wurde, soll sich nun auch das Urtheil aussprechen. Was das Wesen der ganzen Verhandlung ist, das darf, das kann dem endlichen Poniren des Streitigen nicht fehlen, wenn ein Erkenntniß als Schlußstein einem gehörig verhandelten Prozesse angefügt wird. Was klar und deutlich in der Verhandlung vorgetragen ward, fordert schon von selbst eine bestimmte Aburtheilung über jeden bedeutsamen Punkt. Der Endbescheid ist die Antwort auf die streitige Frage, und man darf mit Recht sagen: er soll in seinen wesentlichen Eigenschaften ebenso beschaffen seyn, wie eine Klage. Er soll also ebenso genau, deutlich und bestimmt

1) die Namen und den Wohnort der Streitenden,

2) die Eigenschaft, in welcher sie auftreten,

3) den Grund der Klage,

4) die Entscheidung über den Gegenstand und das Gesuch der Klage,

5) dasselbe hinsichtlich der erheblichen selbstständigen Einreden, Repliken ꝛc., so weit es nach der Lage der Sache darauf noch ankommt, in sich enthalten, wozu noch

6) die Bestimmungen über die Realisirung des Ausgesprochenen (wenn der Inhalt positiv Rechte vertheilt) hinzukommen, so wie

7) stets das urtheilende Gericht benannt seyn muß.

Nachdem wir diese Folgerungen aus allgemeinen Bestimmungen gezogen haben, ensteht wohl eine bedeutende Unterstützung ihrer Richtigkeit, wenn wir nun L. R. S. 1351, 1350 Nr. 3 aufschlagen, und dort die Erfordernisse der gesetzlichen Vermuthung aus einer rechtskräftig entschiedenen Sache normirt finden, — Erfordernisse, welche die nämlichen sind, die wir eben auf anderm Wege fanden.

Die Festhaltung des eben Angedeuteten bei Abfassung eines Urtheils entspricht dem Wesen des Civilprozesses. Der Richter dieser Welt, nur formelles Recht sprechend, soll es dahin zu bringen suchen, daß des Streitens ein Ende sei, und der Zwist soll dahin führen, daß Frieden werde. Der Grundsatz: ne bis in idem, ward daher ein leitender, und mit Recht steht dem gefällten Enderkenntnisse jene gesetzliche Vermuthung zur Seite, welche, durch ein Berufen auf ein solches, dem Richter juristische Gewißheit über die in jene frühere Entscheidung aufgenommene Thatsache gibt, somit den, welcher es für sich anführt, von weiterm Beweise befreit. Sehen wir hierin wieder die große Kraft des formellen Rechts, so muß darin auch für den gewissenhaften Richter die Aufforderung liegen, eine wahrhafte Endsentenz, die unzweifelhaft nur über das streitige Verhältniß, aber über dieses auch ganz, sich ausspreche, zu ertheilen.

L. R. S. 1351 fordert nämlich die oben bezeichneten Requisite mit den Worten: — „um sich auf solche (die rechtskräftig entschiedene Sache) beziehen zu können, muß der Gegenstand der Klage derselbe seyn ꝛc.“ — Die gesetzliche Vermuthung tritt also nur dann ein, wenn diese Requisite der Identität nachgewiesen werden; sie finden sich (oder sollen sich finden) nur in dem Enderkenntnisse. Dieses ist die öffentliche Urkunde, welche vorgelegt werden muß, und nur aus ihr soll der spätere Richter erkennen, ob und daß die Bedingungen des Gesetzes vorhanden seien. Hier ist es nun besonders, wo eine mangelhafte Redaction des frühern Erkenntnisses nicht allein dem frühern Sieger Schaden bringen, sondern dem spätern Richter Verlegenheiten bereiten kann. Was soll insbesondere dieser Letztere einer unbestimmten lückenvollen Fassung gegenüber thun? Soll er, durch jene Mangelhaftigkeit genöthigt, in den ganzen frühern Streit wieder von Neuem eingehen, und sich durch dessen Irrgewinde eine eigene Ansicht suchen? Würde ihn dieses nicht zum Richter in substantia des frühern Streits machen? Wird er aber, wenn die Fehlerhaftigkeit der frühern Entscheidung ihn über Wesentliches im Stiche ließe, sich anders zu helfen im Stande seyn, als durch ein Nachforschen in den frühern Acten, durch ein Nachurtheilen, um das zu errathen, was ihm im Bescheide gesagt seyn sollte. Und glücklich dann noch, wenn die frühern Acten existiren, und eine Möglichkeit hierzu gegeben ist.

Wie wenig wird also damit gesagt, wenn es heißt: „der Kläger sei mit seiner Forderung abzuweisen,“ oder „der Beklagte sei schuldig, 100 fl. binnen ꝛc. zu zahlen.“ Und doch ist zuweilen so die Fassung. Besonders undeutlich scheint aber öfters die Redaction Ladung versagender Decrete, indem der Bescheid, ohne weiteres Anpassen auf den einzelnen Fall, nur in die gesetzlichen Ausdrücke nach §. 357 und seq. gekleidet wird. So kurze Zeit erst ich mich in der praktischen Jurisprudenz bewege, so wenig daher es mir anstehen mag, einen Tadel auszusprechen, so muß ich doch bemerken, daß mir nicht ganz selten Erkenntnisse zu Gesicht kamen, welche gewiß als inhaltsleer bezeichnet werden können, welche niemals im Stande wären, aus sich allein verständlich zu seyn, durch sich selbst einen deutlichen Begriff zu geben über das, was unter den Parteien streitig war, oder das genau zu bezeichnen, was unter ihnen Rechtens seyn soll.

Weil Beispiele stets besser verdeutlichen, so sei es erlaubt, hier ein kleines anzufügen, wie nach meiner Ansicht ein Urtheil beschaffen seyn soll. Bei folgender Klage: A aus X fordert von B aus Z 100 fl. aus einem am 14. Jenner 1835 gegebenen Darlehen, nebst 5% bedungenen Zinsen vom

1. Februar 1836, — würde das condemnatorische Erkenntniß so lauten; nachdem das urtheilende Gericht gehörig benannt, und das rubrum gegeben wäre: „sei Beklagter, B aus Z, schuldig und gehalten, dem Kläger, A aus X, 100 fl. Capital aus Darlehen vom 14. Jenner 1835, nebst Zinsen zu 5% aus dieser Summe vom 1. Februar 1836 an, binnen 14 Tagen, bei Vermeidung der Vollstreckung, zu zahlen, und habe die Kosten zu tragen" *). Der Inhalt dieses Erkenntnisses enthält alles Nöthige; er beantwortet genau die Klage, ihn kann man leicht in die ursprüngliche, der Prozeßordnung gemäße Klage zurückübersetzen. Ich bemerke hiebei: es könnte überflüssig und ängstlich genau erscheinen, den Tag des gegebenen Darlehens aufzunehmen, aber würde man eine Klage, die ohne die Bezeichnung des Datums erhoben ward, zulassen? Gewiß nicht, und wenn es auch der Richter thäte, der Gegner würde sicher die exc. obscuri libelli vorbringen, denn die köstliche Einrede der Verjährung könnte ihm ja zur Seite stehen, und hätte keinen Gegenhalt.

Wenn in einem Streite mehrere Forderungen verschiedener Entstehung zur Sprache kamen, so muß auf die Nebeneinanderstellung derselben die nämliche Genauigkeit der Angaben verwendet werden, wie auf die einzelnen, und eine Abrechnung stets dem accessorischen Liquidationsverfahren vorbehalten bleiben. Besonders schwierig, deßwegen aber zu um so größerer Aufmerksamkeit auffordernd, ist die Fassung der bedingten Endbescheide. Bezüglich der zum Eide aufzulegenden Thatsachen kommt es sehr auf den einzelnen Fall an, aber eine scrupulöse Genauigkeit in Festsetzung des allein Relevanten kann nicht genug empfohlen werden, denn wie oft hängt sich nicht eine reservatio mentalis an unbedeutende Nebenumstände, welche zu entfernen der richterlichen Sorgfalt entgieng.

Wie also ein Enderkenntniß einen Streit abthun soll für immer, so soll es das Bestrittene auch in seinen Umfang aufnehmen, indem es darüber entscheidet, und damit den alten Spruch bewahrheiten, daß res judicata *jus facit* inter partes. —

W. v. Meysenbug.

*) Wäre der Klage z. B. die Einrede entgegengehalten, daß der Beklagte das eingeklagte Darlehen sammt Zinsen unterm 2. Dezember 1836 schon wieder heimbezahlt habe, so dürfte das Urtheil folgendermaßen lauten: es sei das Darlehen, welches der Beklagte unterm 14. Jänner 1835 vom Kläger zu 5 Procent verzinslich empfangen, und welches der Letztere mit Zinsen vom 1. Februar 1836 gegen denselben eingeklagt hat, als durch die vom Beklagten am 2. Dezember 1836 geleistete Kapital- und Zinszahlung getilgt zu erklären, und daher der Kläger mit seiner Klage unter Verfällung in die Kosten abzuweisen. D. R.

II.

Oberhofgerichtliche Entscheidung über den Umfang der Ausnahme des L. R. S. 1326 (s. Annalen Jahrgang 1836 S. 153 f., S. 197 ff.).

Dagegen oberhofgerichtliche Jahrbücher V. Jahrgang S. 35, §. 5 i. f. und VII. Jahrgang S. 151 und 155.

In der Gant des Landwirths und Viehhändlers Roman Gerber liquidirte ein Gläubiger:

1) auf Handschrift vom 17. November 1834 ein Darlehen von . . . . 159 fl. 30 kr.

2) auf Handschrift vom 26. November 1834 ein Darlehen und Kuhkaufschilling von 594 „

Beide Handschriften waren von der Hand des Schuldners unterschrieben und die Ächtheit der Unterschrift wurde auch nicht bestritten; dagegen behauptete der Gemeinschuldner, daß er außer dem Betrage von 66 fl. vom Gläubiger nichts erhalten habe. Auf diesen Widerspruch hin suchte die Gantmasse die Beweiskraft beider Urkunden als nicht mit dem Beisatze „gut, oder gutgeheißen" versehen, zu bestreiten, und nachzuweisen, daß die Ausnahme des L. R. S. 1326 hier nicht eintrete, da es sich nicht um ein in das Gewerbe des Schuldners einschlagendes Rechtsgeschäft handle. Der Unterrichter verwarf aber diese objectiv einschränkende Auslegung jener Ausnahme und erklärte beide Forderungen liquid.

Auf ergriffene Appellation reformirte aber das Hofgericht des Oberrheinkreises und wies den Gläubiger mit seinen Forderungen schlechthin ab, weil hier von keinen zu den gewöhnlichen Berufsgeschäften des Schuldners gehörigen Rechtshandlungen die Rede sei, wofür allein die Ausnahme des L. R. S. 1326 ihrem vernünftigen Zwecke gemäß angewendet werden könne.

Das großherzogliche Oberhofgericht hob aber dieses Urtheil auf, und stellte das amtliche Urtheil wieder her aus folgenden

Gründen:

Die vom Liquidanten und Oberappellanten zum Beweise seiner beiden Darlehensforderungen vorgelegten, von ihm geschriebenen, vom Cridar aber unterschriebenen beiden Urkunden sind, was die Unterschrift anlangt, als ächt anerkannt. — Der Inhalt der Urkunden weist einen Geldempfang von 159 fl und weitere 479 fl. aus, während der Cridar nur im Ganzen 66 fl. erhalten zu haben zugesteht, und der Gantanwalt bei der Urkunde vom 17. November 1834 Undeutlichkeit und Veränderung des Datums, den Mangel doppelter Ausfertigung und bei beiden den im

L. R. S. 1326 vorgeschriebenen Beisatz von der Hand des Schuldners aussetzt. Diese Einwendungen erscheinen jedoch als unbegründet; denn

1) nach L. R. S. 1322 beweisen anerkannte Privaturkunden, wenn sie, wie die vom Eridar ausgestellten, Ort, Tag, Jahr und Unterschriften haben, gleich einer öffentlichen, mithin nach L. R. S. 1319 vollständig die darin beschriebene Uebereinkunft; im vorliegenden Falle also die Contrahirung zweier verzinslichen Anlehen von Seiten des Eridars und die geschehene Ausbezahlung derselben von Seiten des Oberappellanten.

2) In der Urkunde vom 17. November 1834 geschieht zwar eines zwischen dem Eridar und Günzburger abgeschlossenen Ochsenhandels Erwähnung, es bekennt aber zugleich der Eridar, den Werth dafür erhalten zu haben, da jedoch nicht dieser Ochsenhandel, sondern das Darlehen Streitgegenstand zwischen dem Liquidanten und der Gerberschen Masse ist, und die Urkunde lediglich zum Behufe des Beweises des in Frage stehenden Darlehens von 159 fl. verfaßt wurde, so kann derselben der Mangel doppelter Ausfertigung auch nicht entgegengehalten werden.

3) Die aus der Anerkennung der Aechtheit der Unterschrift hervorgehende gesetzliche Vermuthung für die Aechtheit des Inhalts soll zwar nach §. 434 der Prozeßordnung durch Veränderungen und Einschaltungen in einzelnen Fällen geschwächt werden können, allein hiezu ist die Art der Datirung der Urkunde vom 17. November 1834 nicht geeignet, weil solche ein bestimmtes Datum deutlich enthält, und weil, wenn darüber ein Zweifel obwaltete, der Inhalt der zweiten Urkunde vom 26. November 1834, welche den Inhalt der vom 17. November 1834 ausdrücklich bestätigt, in der bemerkten Hinsicht volle Gewißheit zu geben geeignet ist.

4) Bei beiden Urkunden fehlt der im L. R. S. 1326 vorgeschriebene, von der Hand des Schuldners zu machende Beisatz gut oder gutgeheißen mit Beifügung der Schuldsumme; der Schuldner ist aber unbestrittenermaßen Viehhändler und Bauer und gehört deßwegen in die Klasse der im zweiten Absatze jenes Gesetzes genannten Personen, deren Urkunden von der im Gesetze aufgestellten Regel ausgenommen sind. Das Gesetz, welches im ersten Absatze überhaupt die Form der Beurkundung für einseitige Zusagen unter Privatunterschrift festsetzt, drückt eben so allgemein im zweiten Absatze die Ausnahme aus; ohne Untersuchung, ob die errichtete Urkunde ein zum gewöhnlichen Lebensberufe des Ausstellers gehöriges Geschäft betrifft oder nicht. Eine Absicht, die Ausnahme blos auf die in Gewerbs- und häuslichen Lebensgeschäften der Aussteller errichteten Urkunden zu beschränken, wozu die Worte des Gesetzes nicht die mindeste Veranlassung geben, darf darum um so weniger unterstellt werden, als die ältere französische Gesetzgebung (nämlich die Ordonnance vom 22. September 1732 und die Declaration von 1733, welche dem Art. 1326 des Code Napoleon zu Grunde liegen) nur bei Erwähnung der Kaufleute der actes necessaires pour le commerce ausdrücklich Erwähnung thut, einen ähnlichen Unterschied aber bei den gens occupés aux artes et métiers ou à la culture des terres nicht macht; wogegen der Code Napoleon auch die frühere Beschränkung auf die im gewöhnlichen Lebensberufe der Kaufleute ausgestellten Urkunden stillschwrigend aufhebt, und alle im zweiten Absatze genannten Personen vollkommen gleichstellt. —

Aus dem Grunde des Gesetzes, um nämlich Schuldner vor Ueberlistungen zu hüten, die Beschränkung zu rechtfertigen, verbietet L. R. S. 4 a, weil solches dem Richter nur dann erlaubt ist, wo ihm ein bestimmter Ausspruch des Gesetzes mangelt, was bei den einfachen deutlichen Worten des zweiten Absatzes des L. R. S. 1326 nicht der Fall ist.

Aus diesen Gründen ist der Liquidant durch das ihn mit seiner Forderung gänzlich abweisende hofgerichtliche Erkenntniß gravirt und mußte, unter Verfällung der Masse in die Kosten II. und III. Instanz das amtliche Urtheil wiederhergestellt werden. Schmidt.

III.

Ministerium des Innern.

Kostenersatz in Untersuchungssachen wegen Forstfreveln.

Unterm 9. August 1836 Nr. 9191 erließ das Ministerium des Innern auf eine von der Regierung des Oberrheinkreises eingekommene Anfrage an sämmtliche Kreisregierungen die Verfügung,

„daß der wegen eines Forstfrevels Angeschuldigte, der in der Rekursinstanz unter Entbindung von den Kosten klag- oder schuldfrei gesprochen wird, allerdings einen Kostenersatz gegen den Fiskus ansprechen könne, allein nur für seine gehabten nothwendigen Auslagen, wie dies auch bei andern administrativcontentiösen Sachen der Fall sei, nicht aber für etwaige Anwaltskosten. Doch sei ihm, wenn er sich eines Anwalts zu seiner Rekursausführung, resp. Vertheidigung bediente, jedenfalls derjenige Betrag zu ersetzen, den er für Gänge und Protokollgebühren und andere Auslagen zu fordern berechtigt gewesen wäre, wenn er seine Sache bei dem Bezirksamt selbst ausgeführt hätte."

D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. | Nro. 8. | Karlsruhe den 24. Februar. 1838.

I.

Ueber den Gerichtsstand der Prozeßkosten.

Es ist wohl keine Frage, daß für die Gerichtskosten der Richter der Hauptsache immer zuständig sei. Aber ist er es ausschließlich?

Zur bessern Veranschaulichung diene folgender Fall:

In Sachen des W. L. in L. Kläger, Appellaten, gegen E. A. in Sch. Beklagten, Appellanten, wegen Kaufschillingsforderung, erkannte in erster Instanz das Bezirksamt W., sodann in zweiter Instanz das Hofgericht zu R.

In der zweiten Instanz wurde der Kläger abgewiesen und in alle Kosten verfällt. Bevor der Beklagte noch seine Prozeßkosten liquidirt hatte, starb er, und die deßfallsige Forderung wurde im Erbtheilungsgeschäft seiner nachgelassenen Wittwe unter andern auf ihren Antheil zugeschieden, welche einige Zeit darauf eine specificirte Rechnung an das großherzogliche Oberamt L., als dem Forum des W. L., als des frühern Klägers (in Bezug auf die Prozeßkosten — jetzt des Beklagten) mit der Bitte einsandte, einen bedingten Zahlungsbefehl gegen den Letztern zu erlassen. Dies geschah, der Zahlungsbefehl wurde aber widersprochen. Der hierauf von der E. A. in Sch. zur Verfolgung ihrer Rechte aufgestellte Anwalt zeigte beim Oberamt L. sein Patrocinium mit der Bitte an, Wohldasselbe wolle die frühern Akten von dem Bezirksamte W. requiriren, da es der Akten ja doch bei der spätern Verhandlung bedürfe. Auch dieß geschah, und nachdem der Anwalt auf erhaltene Nachricht vom Oberamt L. daselbst die frühern Akten eingesehen hatte, um theils die Richtigkeit der Prozeßkostenansätze zu prüfen, theils den Beleg für die Ansätze durch die frühern Akten gehörig nachweisen zu können, reichte er seine Liquidationsklage ein, begründete sie mittelst Berufung auf die betreffenden Aktenstücke des frühern Prozesses, gab die Gründe für die Zuständigkeit des Oberamts L., wie sie aus dem Bisherigen sich ergeben dürften, an, und schloß endlich mit der eventuellen Bitte, die Klage sammt Beilagen und den Akten — um Weitläufigkeiten zu vermeiden — an das Bezirksamt W. zu senden, wenn das Oberamt L. sich gleichwohl nicht für competent erachten sollte. Hierauf ergieng sodann von dieser Stelle folgendes Erkenntniß:

In Sachen rc. wird auf erhobene Prozeßkostenliquidationsklage der E. A. Wittib vom 13 Februar praes. 14. d. M. und in Erwägung,

1) daß dasjenige, was die Klägerin verlangt, nämlich den Ersatz der gehabten Prozeßkostenauslagen, schon bei dem Richter der Hauptsache rechtskräftig entschieden ist, indem durch das zweitinstanzliche Erkenntniß vom 19. Oktober 1833 der jetzige Beklagte bereits in die Kosten der ersten und zweiten Instanz verurtheilt wurde,

2) daß es sich hier nur noch um die Ermittelung des Maßes der Kosten, oder aber um Vollstreckung des Ersatzes handeln kann, sowohl das Gesuch um Bestimmung des Betrags der urtheilsmäßigen vom Gegentheil zu erstattenden Kosten, als auch jenes um Vollstreckung der im Urtheil über die Hauptsache ausgesprochenen Kostenersatzschuldigkeit nach der ausdrücklichen Vorschrift der §§. 175 und 944 der Prozeßordnung bei dem Richter der Hauptsache anzubringen ist;

3) daß gegenwärtige Klage keinen andern Zweck beabsichtigt, als die Vollstreckung des allegirten hofgerichtlichen Urtheils nach vorläufiger Liquidation der Prozeßkosten, indem die Klage selbst als eine Prozeßkostenliquidationsklage von der Klägerin, resp. deren Bevollmächtigten betitelt wurde;

4) daß die Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehls, gegen welchen der Beklagte Einwendung angezeigt hat, die Wirkung der Prorogation nicht hat, indem dieselbe erst durch die Einlassung auf die erhobene Klage stillschweigend begründet wird, — §. 35 der Prozeßordnung. Unter Hinblick auf §. 54 und 375 ibid.

beschlossen:

„die Klage auf Ersatz der Prozeßkosten findet hier „nicht Statt.“

Da es der Anwalt für seine Pflicht hielt, der Klägerin

so schnell als möglich zu ihrer Forderung zu verhelfen, so stellte er — ohne von dem Rechtsmittel der Appellation gegen das Erkenntniß Gebrauch zu machen — die Klage bei dem großherzoglichen Bezirksamte W. an.

Jenes Erkenntniß scheint nun in doppelter Hinsicht nicht ganz ordnungsgemäß; denn

1) hätte dem Anwalt die Klage zurückgegeben werden sollen, mit dem Bemerken, daß es ihm selbst überlassen bleibe, die Klagschrift an Ort und Stelle zu senden, wenn das Oberamt L. dieselbe nicht mit den frühern Akten br. m. an das Bezirksamt W. einschicken wollte; denn gerade für den Fall, daß das Oberamt L. sich für incompetent erklären würde, ist das eventuelle Gesuch gestellt worden, und eines Erkenntnisses auf Abweisung der Klage, weil sie bei dem Oberamt L. nicht Statt finde, — hätte es gar nicht mehr bedurft, weil auf die angesprochene Zuständigkeit dieser Stelle schon im Voraus eventuell verzichtet worden war *);

2) hätte aber die Liquidationsklage wegen Incompetenz des Oberamts L. gar nicht verworfen werden sollen.

Bei der in den Entscheidungsgründen geltend gemachten Ansicht ist übersehen, daß das Oberamt L. seinerseits schon in die Verhandlung dieses Streits eingewilligt hatte, und daß es nur dem Beklagten noch hätte zustehen können, die Einrede der Unzuständigkeit vorzuschützen, nachdem der Richter einmal einen Zahlungsbefehl erlassen und auf geschehene Patrociniumsanzeige die Akten des Bezirksamts W. eingefordert hatte **).

Sodann ist die Bestimmung des Maßes der Prozeßkosten bei jedem Richter möglich — wenn auch die Frage über Ersatzschuldigkeit im Allgemeinen nicht von ihm entschieden wurde.

Der §. 173 bestimmt blos so viel ausdrücklich, „daß über eine solche Forderung nur ein abgekürztes Verfahren Statt findet;“ nicht aber, daß nur der Richter der Hauptsache zur Fixirung competent sei, indem aus der Fassung der Gesetzesworte:

„in welchem der Richter der Hauptsache nach einem von der fordernden Partei aufgestellten Verzeichnisse entweder sofort, oder nach Vernehmung der Gegenpartei, den Kostenbetrag festsetzt;“

*) Das Amt L. ist nicht Speditionsbehörde. Es hatte über die Klage nur in so fern, als sie bei ihm angebracht war, zu verfügen, und dem Kläger, wenn es sich inkompetent erklärte, zu überlassen, sich selbst an das Amt W. zu wenden. D. R.

**) Der Richter kann von Amtswegen und nicht blos auf eine diesfallsige Einrede seine Unzuständigkeit aussprechen (§. 34, 357 rc.), so lang er nicht in Folge zugelassener Verhandlung, vermöge stillschweigender Prorogation nach §. 35 wirklich kompetent geworden ist. D. R.

eine solche ausschließende Competenz nicht gefolgert werden kann.

„Nach §. 7 der Prozeßordnung ist der allgemeine Gerichtsstand erster Instanz in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bei dem Untergerichte des Wohnsitzes des Beklagten begründet, oder wenn er im Inlande keinen Wohnsitz hat, bei dem inländischen Untergerichte, in dessen Bezirk sein Aufenthaltsort liegt *).“

Die Prozeßkostenliquidation ist nun ein Theil der Klage auf Erfüllung urtheilsmäßiger Verbindlichkeit und kann ex arg. §. 702 gewiß vor jedem Richter, der für den Beklagten der allgemein zuständige ist, vorgebracht werden, weil sich die Klage auf öffentliche Urkunden, worunter ein Urtheil und Akten gewiß zu rechnen sind, gestützt hat. Ohnehin ist es zuletzt das Oberamt L., welches die Vollstreckung vollzieht. Auch hinsichtlich der Zinsenforderung war die Erlassung des bedingten Zahlungsbefehls präjudiciell, wenn innerhalb drei Monaten die Klage einkam. Wie aber jetzt, wo die Klage später als drei Monate beim Bezirksamte W. einkömmt? Werden die Zinsen vom Tage des zugestellten Zahlungsbefehls des Oberamts L. an gerechnet oder vom Tag der Klagerhebung beim Bezirksamt W. — weil theils die drei Monate verstrichen sind — theils jener Zahlungsbefehl — nach Erkenntniß des Oberamts L. (welches implicite in seiner Abweisung wegen Mangels an Zuständigkeit liegt) als nicht rechtsbeständig erlassen zu betrachten ist? Auf jeden Fall kann man sagen, daß in jenem frühern Zahlungsbefehl eine urkundliche Anforderung liege, welche Zinspflicht wirkt, und zwar, wenn man den Zahlungsbefehl für gültig erkennt, in der Art, daß die nachherige beim Oberamt L. angestellte — wenn schon abgewiesene — Klage als Wahrung der Frist von drei Monaten angesehen werden kann; oder, wenn man denselben für ungültig ansieht, als urkundliche Anforderung, bei welcher die Einklagung binnen drei Monaten nicht einmal nöthig ist. L. R. S. 6 k, vgl. mit S. 439.

Zum Schlusse nur noch die Bemerkung:

Wenn die Liquidationsklage nothwendig vor den Richter der Hauptsache gehört, so entsteht dadurch oft ein — für beide Theile — unbehilfliches Verfahren; so muß der

*) Die Kostenliquidation ist eine Nebensache, für welche nach §. 31 das Gericht der Hauptsache als besonderer Gerichtsstand zuständig ist. Nun konkurriren zwar die besondern Gerichtsstände nach §. 39 Nr. 2 mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes, in Bezug auf die Kosten wird man aber diesfalls eine Ausnahme annehmen müssen, weil die besondere Vorschrift des §. 173 die Liquidation derselben ausdrücklich nur an den Richter der Hauptsache verweist, bei welchem allein auch Gesuche um Vollstreckung angebracht werden können §. 944. D. R.

Anwalt der Klägerin, statt mündlich in Einer Tagfahrt alles beim Oberamt L. abmachen zu können, sich an ein entferntes Amt wenden, welches mit den Parteien mittelst Ersuchschreibens an das Oberamt L. communiciren und seine etwaigen Vollstreckungsverfügungen durch eben dieses Oberamt vollziehen lassen muß *). L.

II.

Noch ein Wort über Vermögensabsonderung der Ehefrau in der Gant ihres Ehemanns, unter Bezug auf Nr. 9 des Jahrgangs 1837, II. der Annalen, und die oberhofgerichtlichen Jahrbücher 1836, 1837 S. 27, 32.

In dem Aufsatz Nr. 9 der Annalen von 1837 ist zur Widerlegung der Ansicht, daß durch die in der Gant vorkommenden Handlungen, Anträge und Aussprüche der Ehefrau und des Richters, alles jenes dargestellt werde, was die L.R.S. 1443 folgde. der Sache nach verlangen, lediglich nichts vorgebracht worden, als was schon früher in den Annalen 1836, Nr. 40 I. gesagt war: nämlich daß die Ehefrau nicht bei ihren Anträgen das Wort Vermögensabsonderung brauche, daß der Richter in seinem Urtheil nicht auf die Vermögensabsonderung wörtlich erkenne, daß die Vermögensabsonderung nicht öffentlich verkündet werde, und daß also die seither in der Gant geschehene Entschlagung der Ehefrau, die Zuweisung ihres vorhandenen Vermögens, kraft Absonderungsrechts, die Kollocirung ihrer Ersatzforderungen die Vermögensabsonderung nicht darstelle.

Dagegen läßt sich nun nicht viel einwenden, wenn man nämlich davon ausgeht, daß es eine ausgemachte Sache seie, daß nur durch den Gebrauch der Wortausdrücke in dem S. 1443 seq. die Vermögensabsonderung zu Stande kommen könne. Allein ich habe schon in Nr. 45, I. 1836 der Annalen aufmerksam gemacht, daß die Ausdrücke der S. S. 1443 seq. keine verba sacramentalia seien, und daß man daher untersuchen müsse, ob denn die Vorkommenheiten in der Gant eine andere rechtliche Deutung zulißen, als den Antrag und Ausspruch der Vermögensabsonderung, und ich habe alsdann nachzuweisen versucht, daß dieses nicht der Fall ist, und daß man daher in den erwähnten Vorkommenheiten allerdings eine richterliche Vermögensabsonderung anzunehmen habe. Auf diese Nachweisung hat man sich aber in Nr. 9 nicht eingelassen, man hat nirgends dargethan, daß die Anträge der Frau und die Aussprüche des Richters eine andere, und welche andere Deutung sie haben, so daß ich daher die ganze Erwiederung in Nr. 9 mit nur zwei Bemerkungen übergehe.

Wenn denn so alles Gewicht auf den in den Anträgen und Aussprüchen des Richters vorkommenden Ausdruck Vermögensabsonderung gelegt wird, so läßt sich behaupten, daß diese Ausdrücke in vielen Ganten des Ehemanns vorkommen, denn eine Ehefrau, welche noch eigenes, nicht in die Gemeinschaft gefallenes Vermögen besitzt, wird ihre Anträge überall dahin stellen, daß sie erklärt

1) sie entschlage sich der Gemeinschaft,

2) sie verlange ihr noch vorhandenes sondereigenes Vermögen aus der Gantmasse abgesondert zu erhalten,

3) und liquidire folgende Ersatzforderungen.

Hiernach hat also die Ehefrau wirklich die Absonderung ihres Vermögens ausdrücklich verlangt.

Der Richter erkennt aber alsdann im Eingang des Locationserkenntnisses, daß der Ehefrau *jure separationis*, also vermöge ihres Anspruchs und Rechts auf Vermögensabsonderung, ihr vorhandenes Vermögen aus der Gantmasse abgesondert zugewiesen werde. Er erkennt also für dieses Vermögen auf Absonderung, und wenn man nun darauf Gewicht legt, daß dieses nichts gelte, weil es im Locationserkenntnisse vorkomme, welches eine dem Erkenntniß auf Vermögensabsonderung nachfolgende Verfügung seie, so verlangt man am Ende, daß das Erkenntniß auf Vermögensabsonderung auf einem eigenen Bogen Papier stehen müsse, und daß die ganze Vermögensabsonderung null und nichtig seie, weil auf dem Bogen auch noch die Lokation der Ersatzforderungen der Ehefrau steht. Uebrigens werden nur diese locirt, denn von den Vindicanten und Separationsgläubigern sagt man nach juristischem Sprachgebrauch gar nicht, daß sie locirt werden. §. 878 der Prozeßordnung.

Auffallend und jedenfalls höchst inkonsequent ist aber die Auseinandersetzung meines Herrn Gegners ad 4.

Es wird gesagt, der S. 1445 verlange öffentliche Bekanntmachung, welche nach der Prozeßordnung und einer Justizministerialverordnung vom Jahr 1828 in den öffentlichen Verkündungsblättern zu geschehen habe, und wo also solche nicht geschehen, seie die Vermögensabsonderung ungültig. Allein vorerst war der die ganze Frage in Bewegung setzende Rechtsfall gewiß nicht geeignet, unter die erwähnten Vorschriften gestellt zu werden, weil die in der Gant vorgekommene Vermögensabsonderung sich im Jahr 1825 ereignet hat, und darauf wohl die Bestimmungen der Prozeßordnung nicht anwendbar sind. Sodann aber ist es ganz unrichtig, daß der S. 1445 die Ungültigkeit der Vermögensabsonderung überhaupt an die Unterlassung der

---

*) Die Vollstreckung kann nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 944 jedenfalls nur bei dem Bezirksamt W., als bei dem Gerichte der Hauptsache angebracht werden, welches sodann nach §. 949 wegen des Vollzugs Ersuchschreiben erläßt. D. R.

öffentlichen Bekanntmachung binde, sondern er bindet sie an die Unterlassung der Bekanntmachung durch Anschlag an der hierzu bestimmten Tafel, und wo also eine Vermögensabsonderung nicht an der hierzu bestimmten Tafel angeschlagen ist, muß sie als ungültig angesehen werden. Mein Herr Gegner substituirt nun zwar als stellvertretend diesem Anschlag die Bekanntmachung in öffentlichen Blättern, allein ich frage, mit welchem Recht wird nun im S. 1445, wo sogar der Unterlassung einer bestimmten Form die Strafe der Ungültigkeit ausdrücklich angedroht ist, eine ganz willkührliche, nirgends von der gesetzgebenden Gewalt eingeführte, andere Form als stellvertretend angenommen, und warum wird dagegen im S. 1443, wo nirgends eine Strafe der Ungültigkeit auf den Nichtgebrauch des Wortes Vermögensabsonderung gesetzt ist, jede Stellvertretung ausgeschlossen? Ist dieses konsequent?

Mit mehr Grund läßt sich doch gewiß annehmen, daß da, wo die Gesetzgebung eine gewisse Form vorgeschrieben hat, welche wieder an andere Vorrichtungen und Dinge gebunden ist, die ebenfalls von der Gesetzgebung auszugehen haben, so lange dem Bürger die Vernachläßigung der Form nicht entgegengehalten werden kann, als ihn die Gesetzgebung durch Herstellung der Vorbedingungen der Form nicht in die Lage gesetzt hat, die davon abhängige Form zu erfüllen. Wenn also die Vermögensabsonderung auf einer dazu bestimmten Tafel angeschlagen werden soll, so scheint mir die Unterlassung dieses Anschlags so lange nicht dem Bürger entgegengehalten werden zu können, als nicht die Gesetzgebung diese Tafel eingeführt und hergestellt hat. Und trotz des gegenseitigen Widerspruchs halte ich es alsdann für unmöglich, einen Anschlag auf einer Tafel zu bewirken, welche nicht besteht. Zwar hält mein Herr Gegner die Anschaffung der Tafel nicht für eine Unmöglichkeit. Wenn er aber daraus beweisen will, daß also der Anschlag selbst nicht zu den rechtlichen Unmöglichkeiten gehöre, so glaubt er wohl, daß die Ehefrau die Anschlagstafel selbst anschaffen müsse, und alsdann ist freilich keine Unmöglichkeit vorhanden, denn schlimmsten Falls kann sie, wie im Hausfreund der Bauer das Recept, die Thüre ausheben, darauf mit Kreide die Vermögensabsonderung schreiben lassen, und solche im Amthaus aufstellen. Ueber den Einwurf, daß die in den Anträgen der Ehefrau und Aussprüchen des Richters von mir angenommene Vermögensabsonderung nicht öffentlich bekannt gemacht werden könne, weiß ich übrigens nichts zu sagen, denn das, daß ein Witz keine Widerlegung ist.

Eingehend in die Sache, und wissenschaftlich gehalten sind dagegen die Einwürfe meines verehrten Freunds in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern, und da es uns beiden darum zu thun ist, nicht Recht zu haben, sondern Recht zu finden, so will ich versuchen, seine Anstände zu beseitigen.

Nicht am todten Buchstaben klebend, giebt er den ganz richtigen Satz zu, daß man in dem Fall, wo die Beibringensliquidation einer Ehefrau in der Gant ihres Ehemanns zu ihrer rechtlichen Begründung eine vorherige Auflösung der Gemeinschaft durch Vermögensabsonderung erfordere, annehmen müsse, daß alsdann die Liquidation die Absonderungsbitte als conditio sine qua non in sich einschließe, und daß das darauf eingehende Lokationserkenntniß auch den richterlichen Ausspruch der Vermögensabsonderung in ventre trage. Davon ausgegangen, sind wir nur in der Deutung der Anträge und Erklärungen der Ehefrau verschiedener Meinung, und zu untersuchen habe ich daher, ob die gegentheilige Deutung den bestehenden Gesetzen entspricht.

Von den hier vorkommenden Erklärungen der Ehefrau in der Gant ihres Ehemanns ist die erste Erklärung, auf welcher wieder die andern beruhen, ganz übergangen worden, nämlich die, daß sie sich der Gemeinschaft entschlage. Die Entschlagung von der Gemeinschaft setzt aber nach S. 1453 die Auflösung der Gemeinschaft nothwendigerweise voraus, weil erst nach dieser Auflösung das Recht der Frau, sich zu entschlagen, in das Leben tritt, und da nun die Gant des Manns die Ehe selbst nicht auflöst, auch für sich selbst die Gemeinschaft keineswegs aufhebt, so kann die doch als rechtliche Begründung der Entschlagung nothwendige Auflösung der Gemeinschaft auf eine andere rechtliche Weise gar nicht gedacht werden, als allein nur durch Vermögensabsonderung, denn irgend eine andere Auflösungsart des S. 1441 ist hier gar nicht möglich und denkbar. So wie man aber annehmen muß, daß die Erklärung der Ehefrau, sich der Gemeinschaft zu entschlagen, nur unter der Voraussetzung der Vermögensabsonderung rechtlich möglich und denkbar ist, so wird man das Verlangen der Vermögensabsonderung um so mehr anzunehmen haben, als bei der Gant des Ehemanns die Voraussetzungen der Vermögensabsonderung nach S. 1443, die Gefahr des Heirathguts der Frau und die zerrüttete Vermögenslage des Ehemanns, offenkundig vorliegen. Die Entschlagung von der Gütergemeinschaft schließt daher nach S. 1453 die Auflösung der Gemeinschaft durch Vermögensabsonderung als conditio sine qua non in sich ein.

Die Ehefrau bleibt aber dabei nicht stehen, sondern verlangt weiters an den Gantrichter, daß ihr derselbe das noch vorhandene, nicht in die Gemeinschaft gefallene Einbringen aus der Gantmasse absondere und zuweise, und wenn man nun dieses auf eine Einsprache gegen den Zugriff auf die der Frau eigenthümlich zustehenden Güter

deuten will, so kann nachgewiesen werden, daß diese Deutung weder dem ganzen Umfang der Erklärung der Ehefrau, nach den Gesetzen entspricht, welche den vorgekommenen Rechtsverhältnissen zu unterstellen sind.

Der Ehemann ist der Herr der Gemeinschaft, und fällt er in Gant, so ist das ganze Vermögen der Gemeinschaft als das Massevermögen anzusehen, welches den Gläubigern zu ihrer Befriedigung zusteht. Nun gehört aber auch nach L. R. S. 1402 Nr. 2 der Früchtegenuß aus dem liegenschaftlichen Einbringen der Ehefrau zur Gemeinschaft, und so gut ein in persönlicher Nutznießung des Manns stehendes Gut hinsichtlich seines Früchtegenusses der Gant des Ehemanns verfangen ist, eben so gut ist auch das der Ehefrau zuständige Gut hinsichtlich des Früchtegenusses der Gant verfangen. Nur das nackte Grundeigenthum ist der Ehefrau während der Ehe geblieben, wovon S. 1424 eine Anwendung macht. Die Ehefrau verlangt aber da, wo sie sich in der Gant ihres Ehemanns der Gemeinschaft entschlägt, keineswegs nur das, daß das Grundstück nicht als Eigenthum des Manns verkauft werde, sondern sie verlangt, daß ihr solches aus der Masse abgesondert, und zur künftigen eigenen Verwaltung und Nutznießung zugewiesen werde, so daß also die nur auf Verhinderung des Zugriffs gehende Deutung der Erklärungen und Anträge der Frau den sich auf Absonderung des Guts und Ueberweisung in ihre Verwaltung und Nutznießung erstreckenden Umfang der Anträge der Ehefrau nicht umfassen.

So wie aber die Gemeinschaft nicht aufgelöst ist, so dauert die Nutznießung des verganteten Ehemanns an dem liegenschaftlichen Einbringen der Ehefrau fort, und da nun in Folge der Anträge und Erklärungen der Ehefrau ihr noch vorhandenes liegenschaftliches Vermögen vom Gantrichter im Eingang des Locationsbescheides abgesondert von der Masse zugewiesen und ihr dadurch die künftige Verwaltung und Nutznießung ertheilt wird, so ist dadurch die Gemeinschaft aus ihrem Recht der Nutznießung entsetzt. Dieses kann nur dadurch geschehen, daß durch die vorhergegangene Entschlagung von der Gemeinschaft diese selbst als aufgelöst betrachtet wird, was wieder nur dadurch zu erklären ist, daß hier eine Vermögensabsonderung vor sich gieng. Die Verhinderung des Zugriffs auf das nackte Grundeigenthum der Frau erklärt daher nach den bestehenden Gesetzen keineswegs die hier vor sich gehende, Verwaltung und Nutznießung ergreifende Absonderung des liegenschaftlichen Beibringens der Ehefrau, und da eben alles dieses durch nichts anderes zu erklären, als durch die vor sich gegangene Aufhebung der Gemeinschaft, so muß man eine Vermögensabsonderung unterstellen, weil sie allein die Aufhebung der Gemeinschaft bedingen kann.

Ich habe weiters in Nr. 40 I. der Annalen 1836 ausgeführt, daß die sich der Gemeinschaft entschlagende Ehefrau nicht so ihre Beibringensforderungen liquidiren und zugesprochen erhalten könne, wie es zu geschehen pflege, und daß man also auch daraus den Vorgang einer Vermögensabsonderung zu entnehmen habe, weil sie allein die Art und Weise der Liquidation erklären könne. Dagegen hat man nun angeführt, daß zwar in der Regel die Ersatzforderungen der Ehefrau erst mit Auflösung der Gemeinschaft fällig werden, daß aber die Gant nach §. 835 der Prozeßordnung alle Forderungen der Zukunft alsbald fällig werden lasse, und daß sie also von der Ehefrau in der Gant verfolgt werden könnten, ohne daß man daraus eine vorhergegangene Aufhebung der Gemeinschaft annehmen müsse. Allein auch damit reicht man nicht aus.

Richtig ist es, daß der §. 835 folgde. der Prozeßordnung die noch nicht aus irgend einem Grund verfallenen Forderungen an den Gantmann fällig macht, und richtig ist es wohl auch, daß der §. 835 der Prozeßordnung mit allen weiters über die Ausführung dieses Grundsatzes folgenden §§. 899 — 903 gemeines Prozeßrecht war, und daher schon vor Einführung der Prozeßordnung bei uns gegolten hat. Ebendeßhalb ist es aber auch richtig, daß man auf keine Weise sagen kann, daß die Ehefrau in der Gant ihre Forderungen als noch nicht verfallene liquidire, denn nirgends ist es schon vorgekommen, daß die Ehefrau den Betrag ihrer liquidirten Ersatzforderungen gegen Abzug der Zwischenzinsen oder gegen Sicherheitsleistung erhält, was doch der Fall seyn müßte, wenn sie eine noch nicht verfallene Forderung verlangte. Die Ehefrau wird im Gegentheil gerade so behandelt und locirt, als wie die andern, schon verfallene Forderungen liquidirenden Gläubiger, und da dieses nur unter der Voraussetzung der geschehenen Auflösung der Gemeinschaft geschehen kann, weil allein dadurch ihre Ersatzforderungen fällig werden, so kommt man gerade aus der Art und Weise der Liquidation und Locirung der Ersatzforderungen der Ehefrau, wie sie zu geschehen pflegt, wiederum auf die Vermögensabsonderung, weil aus ihr allein die solche Liquidation erklärende Aufhebung der Gütergemeinschaft gefolgert werden kann.

Die Unterstellung aber, daß die Ehefrau ihre Ersatzforderungen des L. R. S. 1170 Nr. 2, 3 als zwar noch nicht verfallene, jedoch durch die Gant fällig gewordene Forderungen liquidire und zugesprochen erhalte, ist aber eine gesetzlich ganz unmögliche Sache. So viel ist nämlich vor Allem richtig, daß vor Auflösung der Gemeinschaft die Ehefrau in keiner Weise ihre Ersatzforderungen gegen den

Ehemann geltend machen kann, und will man nun die Geltendmachung dieser Foederungen zulassen, ohne aber die Auflösung der Gemeinschaft wirklich zu unterstellen, so müßte man diese Liquidation als eine Art Sicherstellung des eheweiblichen Einbringens in die Gemeinschaft ansehen. Als diese Sicherstellung ertheilt aber das Gesetz gerade die Vermögensabsonderung des S. 1443, und so wie die Ehefrau dieser Sicherstellung sich nicht theilhaftig macht, so kann sie irgend eine andere Sicherstellung gegen den Mann nicht verlangen, und sie kann daher zu einer Liquidation ihrer Ersatzforderungen eben so wenig zugelassen werden, als eine Ehefrau da gegen ihren Mann liquidiren und Bezahlung des Liquidirten aus dem Gemeinschaftsvermögen verlangen kann, wo sie mit ihrem Mann zugleich vergantet wurde.

Man käme mit der versuchten Erklärung der Liquidation und Zahlungszuweisung der Ersatzforderungen der Ehefrau zu dem sonderbarsten Rechtsverhältniß, was man sich nur denken könnte.

So wie man nämlich nicht annimmt, daß bei dem vorliegenden Sachverhalt eine Vermögensabsonderung und damit eine wirkliche Auflösung der Gemeinschaft eintritt, so muß man nothwendigerweise eine Fortdauer der Gemeinschaft unterstellen. Wenn nun die Ehefrau den Werth ihrer veräußerten Liegenschaften und den Betrag der ihr aus der Gemeinschaft gebührenden Vergütungen liquidirt, so geschieht der Ersatz dieser Forderungen nach L. R. S. 1471 aus der Baarschaft und aus der Fahrniß, meistens aber aus dem Erlös der dem Ehemann verkauften Grundstücke. Das Vermögen, welches dazu verwendet wird, ist insofern Gemeinschaftsvermögen, als alles Vermögen des Manns zur Befriedigung der Gläubiger verwendet wird. Die Ehefrau, welche daraus bezahlt wird, ist noch Gemeinschaftsgenossin, weil ja die Gemeinschaft nicht aufgelöst ist. Was aus dem Gemeinschaftsvermögen an einen Gemeinschaftsantheil kommt, ist und bleibt Gemeinschaftsvermögen, was aber Gemeinschaftsvermögen ist, unterliegt dem Zugriff der Gemeinschaftsgläubiger, und wenn also auch die Gemeinschaftsgläubiger zwar nicht das blose Grundeigenthum der Ehefrau angreifen, jedenfalls aber alles Vermögen der Gemeinschaft zu ihrer Befriedigung angreifen dürfen, so halten sie sich an alles jenes, was die Ehefrau zur Befriedigung ihrer liquidirten Forderungen erhält, und diese bekommt sonach re vera nichts. Nicht einmal die Zinsen ihrer Ersatzforderungen erhält sie. Denn obschon solche nach S. 1475 kraft Gesetzes Zins tragen, so fallen ja während der bestehenden Fortdauer der Gemeinschaft alle Zinsen des Vermögens in die Gemeinschaft, so daß also die Gemeinschaftsgläubiger auch die Zinsen der Ersatzforderungen ergreifen, denn sie sind Gemeinschaftsvermögen. Wenn aber die Gemeinschaftsgläubiger alles was die Ehefrau zum Ersatz ihrer Forderungen zugewiesen erhält, an- und ergreifen dürfen, wenn also die Frau nichts erhält, so wäre es viel natürlicher, man ließe sie gar nicht liquidiren. Allein nicht nur das, daß sie den Ersatz ihrer Foederungen nicht erhält, ist die Folge der gegentheiligen Erklärung der Liquidation der Ersatzfoederungen, sondern sie muß auch noch dazu auf ihre noch vorhandenen Liegenschaften Schulden übernehmen. Die gegentheilige Erklärung nimmt nämlich an, daß die Gemeinschaft keineswegs aufgelöst werde, sondern daß die Ehefrau nur ihre noch nicht verfallenen Forderungen als jetzt fällige liquidire. Dauert aber die Gemeinschaft fort, so ist die Ehefrau kraft Gesetzes die Schuldnerin der Hälfte der Gemeinschaftsschulden, und die Rechtswohlthat des S. 1494 kommt ihr nicht zu gut, weil ihre Entschlagung der Gemeinschaft ungültig ist.

Nun frage ich aber, ob irgend Jemand selbst von den mit der Ehefrau liquidirenden Gläubigern so die Art und Weise ihrer Liquidation versteht, ich frage, ob man anzunehmen berechtigt ist, daß hier nichts geschieht als die Liquidation noch nicht verfallener Forderungen nach §. 835 der Prozeßordnung, oder ob nicht vielmehr angenommen werden muß, daß die sich der Gemeinschaft entschlagende, ihr vorhandenes beigebrachtes Vermögen im Wege der Absonderung aus der Masse heraus verlangende, ihre auf den Grund der Beendigung der Gemeinschaft normirte Ersatzforderungen liquidirende, und für sich zu ihrer Befriedigung ansprechende Ehefrau als jene betrachtet werden muß, welche um Vermögensabsonderung angestanden und solche zugesprochen erhalten hat? Der Sache nach kann bei ganz formgerechter Anbringung des Gesuches um Vermögensabsonderung gar nichts anderes geschehen, als was hier überall bei der Gant geschieht, und wenn man die Vermögensabsonderung doch nicht hierin finden will, so geschieht es nur deßhalb, weil man etwa nirgends findet, daß die Ehefrau expressis verbis gesagt hat: ich verlange die Vermögensabsonderung des L. R. S. 1443. Das heiße ich aber auf Worten und Sylben reiten, und ich glaube, daß Liebe zum Gesetz und innere rechtliche Ueberzeugung weiter führen, als nur dahin, daß man das Wort des Gesetzes ohne seinen Geist anwendet.

Man bezieht sich sodann darauf, daß die in der Gant vorkommende Vermögensabsonderung nicht veröffentlicht werde. Wenn man aber darauf ein Gewicht legen will, so muß man vor Allem zugeben, daß die Vorschrift des L. R. S. 1445 jene ist, welche erst erfolgt, wenn um Vermögensabsonderung angesucht und solche erkannt worden ist. Soll also aus der Nichtbeobachtung des S. 1445 die Ungültigkeit der in der Gant geschehenen Vermögensabsonderung gefolgert werden, so muß man vor Allem zu-

geben, daß man das in der Gant geschehene als eine von der Ehefrau angesuchte, vom Richter erkannte, und im Distributivbescheid vollzogene Vermögensabsonderung des S. 1443 anzuerkennen hat, und also lediglich und allein die Ungültigkeit der Vermögensabsonderung aus dem Mangel der Veröffentlichung nach S. 1445 entnimmt. Wo aber der Gesetzgeber selbst mit dem Vollzug seiner Vorschriften in mora ist, wo er selbst nichts gethan hat, um den Bürger in die Lage zu setzen, seine an eine vorausgehende Form gebundene Vorschrift zu erfüllen, da kann nie und nimmermehr die aus Schuld des Gesetzgebers eingetretene Unterlassung einer Form dem Bürger zum Nachtheil gereichen.

Man hat sich gegen mich wiederholt auf den S. 1446 berufen, und daraus beweisen wollen, daß also von einer Vermögensabsonderung in der Gant keine Rede seyn könne, weil hier das Gesetz selbst den Fall der Gant des Manns unterstelle, ohne daß doch eine Vermögensabsonderung eintrete. Ich muß gestehen, es ist mir noch nicht klar geworden, was man mit dem S. 1446 beweisen will.

Vorerst habe ich von Anfang an zugegeben, daß durch die Gant des Ehemanns keine Vermögensabsonderung für sich eintrete, und immer nur behauptet, daß die von der Ehefrau selbst vorgenommenen Handlungen und Anträge die Vermögensabsonderung enthielten und darstellten. Wenn nun eine Ehefrau diese Handlungen und Anträge in der Gant ihres Manns nicht vornimmt, so tritt auch begreiflicherweise die nur darin mögliche Vermögensabsonderung nicht ein. Von allem dem ist aber im S. 1446 weit entfernt nicht die Rede. Er geht nur dahin, daß das Recht der Ehefrau, auf Vermögensabsonderung des S. 1443 anzutragen, ein ihr persönlich zustehendes Recht ist, welches nach S. 1446, 1166 ihre Gläubiger nicht ohne ihre Einwilligung ausüben können. Immerhin bleibt aber die Regel des S. 1167 stehen, daß die Gläubiger in eigenem Namen jene Handlungen ihres Schuldners anfechten können, welche er zum Abbruch ihrer Rechte vornimmt, wobei sie sich aber zumal nach den unter dem Titel von dem Heirathsvertrag vorgeschriebenen Bestimmungen zu richten haben. Eine dieser Bestimmungen enthält nun der S. 1446 dahin, daß die Gläubiger der Ehefrau eines Gantmanns, welche in der Gant unterläßt, die Vermögensabsonderung zu erwirken, bis zum Belauf ihrer Forderungen die Rechte der Ehefrau ausüben können. Sie können also bis zum Betrag ihrer Forderungen die Vermögensabsonderung erwirken, das vorhandene Vermögen der Frau von der Masse absondern, ihre auf den Grund der Auflösung der Gemeinschaft normirten Ersatzforderungen der Ehefrau geltend machen, und zu ihrer Bezahlung erheben, und eben weil sie alles dieses selbst gegen den Willen der Ehefrau thun, eben weil sie also diese partielle Vermögensabsonderung gegen die Absicht der Ehefrau erwirken können, so folgt daraus nur, daß zwar der hierbei nicht thätigen Ehefrau, ja der sogar widersprechenden Ehefrau dieses nicht zu gut kommt, und daß sie also fernerhin als jene Frau betrachtet wird, welche eine Vermögensabsonderung gar nicht verlangt, also auch nicht erwirkt hat. Von selbst versteht sich daher, daß die Ehefrau fortwährend als Gemeinschaftsgenossin zu betrachten ist, und dazu bedarf es keiner Autoritäten französischer Rechtsgelehrten.

Wenn aber eine Ehefrau in der Gant ihres Ehemanns nicht still gesessen ist, wenn sie alle jene Thätigkeit entwickelt, alle jene Anträge gestellt hat, welche eine Vermögensabsonderung erwirken und darstellen, so ist dieses eine ganz andere Thatfrage, und für sie aus dem S. 1446 nichts zu entnehmen. Ja man kann vielmehr sagen, daß wenn sogar dritte Gläubiger der Ehefrau zum Belauf ihrer Forderungen gegen den Ehemann in seiner Gant die Vermögensabsonderung erwirken können, so muß es die Ehefrau selbst noch um desto mehr thun können. Und wenn die von den Gläubigern gegen den Willen der Ehefrau erwirkte Absonderung ihres Beibringens und Lokation ihrer Ersatzforderungen bis zum Belauf ihrer Forderungen die Vermögensabsonderung darstellt, so muß diese Vermögensabsonderung für die Ehefrau selbst dargestellt seyn, wenn sie es war, welche die Absonderung ihres Beibringens und den Ersatz ihrer Forderungen verlangte.

Es wird zwar in Nr. 40 I. der Annalen 1836 behauptet, daß die Gläubiger der Ehefrau im Fall des S. 1446 keine Vermögensabsonderung verlangen könnten, und wenn damit gesagt werden will, daß die Handlungen der Gläubiger für die Ehefrau und ihre Rechtsverhältnisse keine Vermögensabsonderung darstellten, so ist dieses zuzugeben. Hinsichtlich der Gläubiger der Ehefrau und bezüglich ihres Rechtsverhältnisses zum Ehemann stellen ihre Handlungen aber allerdings eine Vermögensabsonderung der Ehefrau vor, denn ohne eine solche ihren Handlungen zu unterlegen, können sie gegen den Ehemann die im S. 1446 erwähnten Rechte aus ihren Forderungen an die Ehefrau nicht ausüben. Nach diesem L. R. S. üben sie ja die Rechte der Ehefrau aus, und im Satz selbst ist von keinem andern Recht der Ehefrau die Rede, als von ihrem Recht der Vermögensabsonderung. So geschieht im L. R. S. 1464 ganz etwas Aehnliches. Wenn nämlich eine Ehefrau auf die Gütergemeinschaft verzichtet, so können auch ihre Gläubiger bis zum Belauf ihrer Forderungen die Gemeinschaft annehmen. Bezüglich des Ehemanns hat alsdann diese Annahme die Wirkung, daß man bis zum Belauf der Forderungen der Gläubiger die Gemeinschaft als von der Ehefrau angenommen betrachten, und die Gläubiger zur

Ausübung der darauf gegründeten Rechte der Ehefrau zulassen muß. Der Ehefrau selbst kommt aber dieses nicht zu gut, und ihr Rechtsverhältniß bleibt daher fortwährend dasselbe, daß sie nämlich als auf die Gemeinschaft verzichtend angesehen wird.

Hiernach wird also aus dem S. 1446 lediglich nichts dagegen zu folgern seyn, daß durch die in der Gant des Ehemanns gewohnterweise bei uns vorkommenden Handlungen der Ehefrau die Vermögensabsonderung selbst dargestellt wird. Es wird nachgewiesen seyn, daß die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern versuchte andere Deutung der Anträge und Erklärungen der Ehefrau nicht ausreicht, und man wird daher darauf beharren müssen, daß die seit Einführung des Landrechts bei unsern Ganten vorgekommenen Handlungen, Anträge, Erklärungen und Aussprüche der Ehefrau und des Gantrichters überall hinreichen, um den auf die Sache und nicht auf bloße Wortklauberei gehenden Anforderungen der S. S. 1443, 1444 mit dem zu entsprechen, daß auf die Veröffentlichung der Vermögensabsonderung nach S. 1445 so lange kein Gewicht zu legen ist, als nicht die Gesetzgebung den Weg zu dieser Veröffentlichung selbst bahnt und öffnet.

Immerhin wird es aber noch eine weitere Frage seyn, ob die neben der Ehefrau in der Gant des Ehemanns liquidirenden Gläubiger berechtigt sind, gegen die Ehefrau die Ungültigkeit ihrer gewohnterweise geschehenden Entschlagung von der Gemeinschaft und folgeweise der Absonderung ihres Vermögens anzusprechen. Alles was in der Gant geschieht, geschieht in Kenntniß der sämmtlichen Gläubiger, und wenn nun die Ehefrau auf den Grund ihrer Entschlagung ihr Einbringen abgesondert zurückzieht, wenn sie ihre Ersatzforderungen für sich und zur eigenen Bezahlung liquidirt, wenn alles dieses urtheilsmäßig geschieht, und die Gläubiger das Recht haben, dagegen zu appelliren, so ist es noch sehr die Frage, ob sie bei Unterlassung der Einsprache und der Appellation noch später gegen die Ehefrau klagend auftreten können, oder ob nicht vielmehr die Ehefrau ihnen die Rechtskraft alles dessen entgegenhalten kann, was vor den Augen der Gläubiger selbst in der Gant vor sich gegangen ist.

Sander.

III.

Versuch einer Beantwortung der in Nr. 33 der Annalen von 1837 unter I. aufgeworfenen Frage.

Auf die in Nr. 33 I. des Jahrgangs 1837 der Annalen aufgestellte Frage, wie der Schlußsatz des §. 118 der Prozeßordnung zu verstehen sei, und ob die Beiladung in unserer Prozeßordnung einen Zweck hat, oder blos aus Versehen in dieselbe aufgenommen wurde, scheint. und folgende Beantwortung die richtige:

Die Beiladung hat allerdings, abgesehen von den Fällen, die sich zur Streitverkündung eignen, einen selbstständigen Zweck, und man wird daher nicht zu der schwächlichen Vermuthung seine Zuflucht nehmen müssen, daß sie aus Versehen in unser Gesetzbuch, welches das Werk mehrjähriger Ueberlegung ist, gekommen sei. Die Belege zu dieser Behauptung liefert der Verfasser der Anfrage zum Theil nachher selbst unter Ziffer III. desselben Blattes.

Es lassen sich nämlich folgende Fälle denken:

1) Bäckermeister A fordert von B 100 fl. für geliefertes Brod. B stellt den Empfang des Brodes nicht in Abrede, hält aber die Einrede der Zahlung entgegen, die er in Ermanglung sonstigen Beweises nur durch Eideszuschiebung begründen kann. Da aber die Ehefrau des Klägers die Zahlung in Abwesenheit ihres Ehemannes empfing, so könnte dem Kläger der Haupteid nur als Nichtwissenseid zugeschoben werden, womit dem Beklagten schlecht geholfen wäre. Nun ist eine Streitverkündung hier nicht denkbar, denn weder der Beklagte, Zahler, noch der Ehemann A hat hierzu Grund. Der Beklagte müßte somit die Ehefrau als Zeugin herbeirufen. Dieß wäre aber hier nicht zuläßig, weil die Summe über 75 fl. beträgt, und, wenn man auch annähme, dieß wäre nicht der Fall, so würde der Beklagte wieder schlecht berathen seyn, da die Ehefrau nach §. 511 der Prozeßordnung das Zeugniß ablehnen könnte, und überdieß nach §. 508, 3 und 4 der Prozeßordnung verwerflich wäre.

Es erscheint darum die Ehefrau hier weit natürlicher als Partei, und wird als solche beizuladen seyn. Die fraglichen Worte: „mit einer Partei in einem solchen Verhältniß steht, daß eine von der Patei vorzunehmende Handlung nur durch diesen Dritten geschehen kann" passen auch vollkommen auf ihr Verhältniß zum Kläger. Die Handlung, welche nur durch sie vorgenommen werden kann, ist der Eid über eigenes Wissen, da der Eid über das Nichtwissen fremder Handlungen nur ein sehr dürftiger Nothbehelf ist.

2) Ein weiterer hierher zu beziehender Fall ist der:
A erhält von B aus reiner Freigebigkeit ein Haus geschenkt. C stellt gegen A die Confessorienklage an, um eine Dienstbarkeit darauf geltend zu machen. Hier hat A keinen Rückgriff auf seinen Geschenkgeber (L. R. S. 952 a), weil ihm dieser keine Währschaft schuldig ist; ebenso wenig liegt der Fall der Nominatio autoris vor, und dennoch ist für den Beklagten A die Beiladung des Schenkers höchst wünschenswerth, ja er kann sich vielleicht ohne diesen gar nicht gehörig vernehmen lassen. Es wird somit auch hier das in §. 118 der Prozeßordnung bezeichnete Verhältniß angenommen und die Beiladung zugelassen werden müssen.

3) Ein ähnliches Verhältniß kann wohl auch bei der Cession eintreten, wo der Cedent beigeladen werden kann, um den Haupteid abzuleisten. Freilich wird hier meistens Grund zur Streitverkündung vorhanden seyn.

Diese wenigen Beispiele, deren sich gewiß noch mehrere auffinden lassen, scheinen hinreichend zu beurkunden, daß der Schluß des §. 118 der Prozeßordnung mehr als eine blose Tautologie mit dem vorhergehenden Satze enthält.

Schließlich kann noch beigefügt werden, daß die fraglichen Worte jenes §. nicht, wie in der Note der Anfrage angedeutet ist, aus Lindes Civilprozeß entlehnt, sondern vielmehr das Ergebniß der neueren Doctrin zu seyn scheinen. Vergl. Gensler Commentar zu Martin §. 213, 4, 5. §. 295, 7.

E. Brauer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. N^ro. 9. Karlsruhe den 3. März 1838.

I.

Etwas über das Einschreiten des Staatsanwalts bei Beleidigungen der Staatsbeamten.

Es wurde ein Beamter wegen einer von ihm erlassenen Vollstreckungsverfügung in einer öffentlichen Gesellschaft wörtlich und thätlich auf eine wirklich anstößliche Weise beleidigt, und insbesondere die dabei gefallenen Schimpfreden hatten einen unmittelbaren Bezug auf die amtliche Verrichtung, auf die Vollstreckungsverfügung. Der Beamte wollte durch den Staatsanwalt die Ehrenkränkungsklage anstellen lassen, allein es ergaben sich dabei darüber Anstände, inwiefern hier die Ehrenkränkung bei einer Amtsverrichtung geschehen seie, welche nach §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes das Einschreiten des Staatsanwalts bedinge, und man wollte in der Beleidigung, welche der amtlichen Vollstreckungsverfügung in einem Zwischenraum von einigen Wochen nachgefolgt, und noch dazu nicht in der Amtsthätigkeit, sondern in einer Privatgesellschaft dem Beamten zugefügt war, keine solche Beleidigung erblicken, welche den Staatsanwalt zur Erhebung der Klage berechtigte.

Stellt man nun alle hierauf bezüglichen Gesetzesvorschriften und Verordnungen zusammen, so kommt man bei Einhaltung des Wortverstands derselben theils zu auffallenden Widersprüchen, theils zu merklichen Undeutlichkeiten der Gesetze.

Nach dem noch lebenden §. 43 des Preßgesetzes kann der Staatsanwalt die Klage erheben, wenn im Weg der Presse ein öffentlicher Diener in Bezug auf sein Amt beleidigt wurde. Es wird also hier kein Unterschied in der Beleidigung gemacht, und eben so wenig eine persönliche Amtsverrichtung angefordert, bei welcher die Beleidigung geschehen ist, was übrigens bei den durch die Presse, also so zu sagen ideel begangenen Beleidigungen natürlich war. Nach §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes kann der Staatsanwalt die Klage im Fall des §. 5 erheben, wenn die Verläumdung oder eine mit körperlicher Mißhandlung verbundene Ehrenkränkung an einem Staatsbeamten bei einer Amtsverrichtung verübt war, und daraus läßt sich also schließen, daß nur Verläumdungen und Realinjurien eines Staatsbeamten, nicht aber Verbalinjurien desselben vom Staatsanwalt verfolgt werden können, und dieses wieder nur dann, wenn sie bei einer Amtsverrichtung, also während der persönlichen Amtsthätigkeit des Staatsdieners vorgefallen sind. Nach weiterer Vorschrift des §. 12 kann aber der Staatsanwalt die Klage erheben, wenn die Beleidigung an den nicht unter die eigentlichen Staatsbeamten gehörigen untergeordneten öffentlichen Dienern bei Ausübung ihres Amts geschah, so wie wenn durch Ehrenkränkungen und Verläumdungen gegen Staatsdiener „außerhalb ihres Diensts Verhältnisse zur Sprache gebracht sind, welche die dienstpolizeilichen Besserungsversuche oder die Dienstentlassung zur Folge haben könnten.“ Hiernach kann also bei Beleidigung eines nicht zur Klasse der Staatsdiener gehörenden öffentlichen Beamten in Ausübung seines Diensts der Staatsanwalt ohne allen Unterschied der Art der Beleidigungen, ob durch Verläumdung, oder durch Verbal- oder Realinjurien, die Klage erheben, und während der Staatsanwalt die wörtliche Beschimpfung des Beamten selbst bei einer Amtsverrichtung nicht mit einer Klage verfolgen kann, darf er für die wörtliche Beschimpfung des Amtsdieners die Klage erheben. Diese Bevorzugung des untern öffentlichen Dieners vor dem obern Staatsbeamten wird im §. 12 aber wieder damit ausgeglichen, daß für eine gewisse Art der Beleidigungen des obern Staatsbeamten außerhalb des Diensts auch der Staatsanwalt einschreiten kann, während durch Uebergehung der untern öffentlichen Diener in diesem Fall solches bei ihnen ausgeschlossen ist. Durch die Instructivverordnung vom 17. Februar 1832 wird endlich der §. 43 des Preßgesetzes auf alle aus Ehrenkränkungen und Verläumdungen entstehenden Klagen bezüglich der Befugnisse des Staatsanwalts ausgedehnt, und so fragt sich nun, was denn hinsichtlich der Legitimation des Staats-

anwalts zu Klagen wegen Ehrenkränkung und Verläumdung öffentlicher Diener erforderlich ist.

Zu dieser Bestimmung scheint mir der §. 5 des Ehrenkränkungsgesetzes wenigstens nicht wörtlich angezogen werden zu dürfen. Seine Verordnung bezweckt nur eine Einführung einer nicht unbedeutenden Straferhöhung wegen Beleidigung der dorten genannten öffentlichen Diener, und bei dieser Straferhöhung konnte der Gesetzgeber füglich ihren Eintritt nur auf eine Verläumdung oder eine Realinjurie beschränken, indem er das für Verbalinjurien im §. 3 bestimmte höchste Strafmaß von vier Monaten Gefängniß wohl für genügend auch bei der Beleidigung eines öffentlichen Beamten ansehen durfte. Der §. 12 bestimmt dagegen ex professo die Legitimation des Staatsanwalts zu Klagen wegen Beleidigungen öffentlicher Diener überhaupt, und wenn er bei Beleidigung eines nicht zur Klasse der Staatsdiener gehörigen öffentlichen Beamten in Ausübung seines Diensts die Klage erheben kann, welche Beleidigung auch die Verbalinjurie umfaßt, so wäre es höchst sonderbar, warum der Gesetzgeber die Verbalinjurie des niedern öffentlichen Dieners für hinreichend zur officiellen Einschreitung des Staatsanwalts erachtet, sie aber bei dem obern öffentlichen Diener für unzureichend erklärt hätte. Das Einschreiten des Staatsanwalts geschieht ja gerade im öffentlichen Intresse, und bei der wörtlichen Ehrenkränkung der eigentlichen Staatsbeamten, ja selbst der höchsten Staatsbeamten, ist doch gewiß das öffentliche Interesse des Staats wo nicht mehr, doch wenigstens in demselben Grad bedroht, als bei der wörtlichen Beleidigung eines Amtsdieners oder Kanzleidieners. Es liegt im Interesse des Staats, daß Beleidigungen der Beamten des öffentlichen Diensts wegen und während ihres Amts nicht ungestraft bleiben sollen, je höher ein Staatsbeamter aber in den Rangstufen des öffentlichen Dienstes steht, desto größer kann auch sein Abstand von dem Beleidiger seyn, und er kann also desto leichter in die Lage kommen, die ihm widerfahrene Beleidigung zu verachten, anstatt daß er sich gezwungen sehen sollte, persönlich eine Klage gegen seinen rohen, ungebildeten Beleidiger zu erheben, und sich in *persönlichem* Vorstand vor dem Richter, wie in der Redactionsnote zu dem hier einschlagenden Aufsatz in Nr. 27 III. der Annalen vom Jahr 1834 richtig bemerkt ist, neuen Beleidigungen auszusetzen. Es ist erst neulich eine Kabinetsordre des Königs von Preußen erschienen, wornach die dorten bestehende fiskalische, also von Amtswegen beginnende — Untersuchung wegen Beleidigung der Staatsbeamten auch auf die untersten öffentlichen Diener ausgedehnt und als Statt findend erklärt wird, und man müßte sich dorten sehr wundern, wenn man erfahren sollte, daß bei uns zwar die der fiskalischen Untersuchung gleich stehende Klage des Staatsanwalts für die untersten öffentlichen Diener besteht, daß sie aber den obern Staatsbeamten verweigert wird *). Das kann nicht seyn, und man wird daher auch, ohne die Instruktivverordnung vom 17. Februar 1832 zu bedürfen, allerdings anzunehmen berechtigt seyn, daß auch für die wörtliche Beleidigung eines Staatsdieners bei seiner Amtsverrichtung die Klage des Staatsanwalts nach §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes eintritt.

Haben wir dieses gefunden, so frägt sich weiter, wie die Beleidigung eines öffentlichen Dieners in ihrer Zufügung in Bezug auf den öffentlichen Diener beschaffen seyn muß, um die Klagerhebung des Staatsanwalts zu rechtfertigen, und dafür wird in der oben erwähnten Abhandlung geantwortet, sie müsse bei Ausübung einer Diensthandlung geschehen seyn, so daß also erforderlich wäre, daß im Augenblick der Beleidigung der öffentliche Beamte in seinem Dienst selbst gehandelt hat, mit andern Worten, die Beleidigung muß während der Thätigkeit im öffentlichen Dienst geschehen seyn. Im §. 5 des Ehrenkränkungsgesetzes wird nun dieses ausgedrückt, *bei einer Amtsverrichtung*, und da dorten von einer nicht auszudehnenden Straferhöhung die Rede ist, und ferner eine *körperliche* Mißhandlung des Beamten, also seine *persönliche* Gegenwart *bei* einer Amtsverrichtung erwähnt wird, so kann man behaupten, daß zum Eintritt der Strafer-

---

*) Die Inkonsequenz, die der §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes seinem Wortlaute nach mit sich bringt, daß der Staatsanwalt bei Beleidigung niederer Diener eher, als bei Beleidigung eigentlicher Staatsdiener einschreiten könnte, beruht lediglich auf einem Versehen der Finalredaktion des §. 12.

Die Kommission der zweiten Kammer hatte nämlich den §. 5 des Entwurfs folgendermaßen gefaßt: „Geschah die Verläumdung oder Ehrenkränkung an Staatsbeamten, Offizieren, Geistlichen oder Ortsvorgesetzten bei einer Amtsverrichtung, so kann die Strafe das in den §§. 1, 2, und 3 festgesetzte Maß bis um die Hälfte desselben übersteigen“

Im §. 13 (nun §. 12) wurde nun gesagt: „In den Fällen des §. 5 kann auch der Staatsanwalt die Klage erheben,“ und man fand dort nur nöthig, hinsichtlich der im §. 5 nicht erwähnten niedern Diener dieselbe Bestimmung zu wiederholen.

Bei der Diskussion wurde nun der §. 5 abgeändert und die höhere Strafe nur hinsichtlich der *mit körperlicher Mißhandlung verbundenen* Ehrenkränkungen aufgenommen. Dabei versah man, alsdann beim §. 12 auf diese Veränderung des §. 5 Rücksicht zu nehmen, beziehungsweise den §. 12 mit Rücksicht auf diese Veränderung des §. 5 selbst wieder zu modifiziren, und den Fall der Beleidigung der Staatsdiener mit jenem von Beleidigungen niederer Diener, wie es der Entwurf der Kommission that, wieder in Einklang zu bringen.

D. R.

höhung des §. 5 allerdings der thatsächliche Umstand gehört, daß die dorten erwähnten Beleidigungen während der persönlichen Amtsverrichtung des Beamten selbst zugefügt wurden. Ob aber auch dieser Umstand zur Klagerhebung des Staatsanwalts angefordert werden muß, läßt sich sehr bezweifeln. Man wird zwar alsbald sagen, daß durch Rückbeziehung des §. 12 auf den §. 5 die in letzterm vorkommenden Umstände auch für die Legitimation des Staatsanwalts zur Klagerhebung vorgeschrieben seien, allein wir haben schon oben gesehen, daß dieses bei den im §. 5 nicht erwähnten Verbalinjurien eines Staatsbeamten nicht der Fall ist, und bei den so höchst verschiedenen Gegenständen der Vorschriften der §§. 5 und 12, wo der erstere Bestimmungen für die Strafe, und der letztere für das Verfahren ertheilt, wird man eine geradezu geschehende Zusammenwerfung beider §§. nicht billigen können. Nehmen wir nur den Fall an, wo die Beleidigung des Staatsbeamten zwar nicht während seiner Amtsverrichtungen, aber doch gerade wegen einer Amtsverrichtung geschah, so kann man immerhin sagen, der Beamte seie in Ausübung seines Dienstes, bei Verrichtung seines Amts beleidigt worden, denn wenn z. B. bei Zustellung eines Decrets eines Richters, welche aber nicht von ihm in Person geschieht, der Empfänger das Decret zerreißt, dem Amtsdiener es vor die Füße wirft, und ihm aufträgt, er solle dem Beamten sagen, das seie eine einfältige Verfügung, und der Beamte seie ein E—, so ist hier dem Staatsbeamten keine Beleidigung während seiner persönlichen Amtsverrichtung widerfahren, denn die Zustellung des Decrets ist die Amtsverrichtung des Gerichtsboten, und doch wird man hier gewiß eine Beleidigung des Beamten in Ausübung seines öffentlichen Dienstes erblicken, und dem Staat die Pflicht auferlegen, seinen Beamten wegen der ihm widerfahrnen Beleidigung durch den Staatsanwalt zu vertreten. Ueberdies läßt sich zumahl bei Beamten eines Kollegiums, bei deren Vorständen, sehr schwer bestimmen, wo sie sich in ihren Amtsverrichtungen befinden, denn man kann wahrlich von dem hinter seinen Acten, wenn schon zu Haus sitzenden Hofgerichtsrath sagen, er seie in einer Amtsverrichtung begriffen, er muß ja die Relation zu Haus machen, und wenn ihm hier eine Beleidigung widerfährt, so müßte man für ihn den §. 12 anwenden, während man es für den Beamten im obigen Fall nicht thun wollte. Und wenn ein Minister sich von seinem Ministerialgebäude nach Hause begibt, und wurde unterwegs gerade wegen seines eben vollzogenen Dienstes gröblich und auf der Straße insultirt, so ist er in keiner Amtsverrichtung, und für ihn konnte der Staatsanwalt nicht klagen, obschon er wegen seiner Amtsverrichtung beleidigt worden ist. Bei diesen offenbar dem Zweck des §. 12 widersprechenden Fällen, indem doch derselbe deutlich in der Vertretung der öffentlichen Diener wegen der ihnen in Bezug auf ihren Dienst widerfahrenen Beleidigungen durch den Staatsanwalt liegt, wird daher die Beleidigung während der persönlichen Amtsverrichtung des Staatsbeamten um so weniger zur Legitimation des Staatsanwalts bei Erhebung der deßfallsigen Klage erforderlich seyn, als sich bei näherer Betrachtung des §. 12 selbst ergibt, daß man dieses Erforderniß gar nicht vorschreiben wollte. Es wird nämlich im §. 12 die Klage des Staatsanwalts für zulässig erklärt, wenn gegen Staatsbeamte außerhalb ihres Dienstes Verhältnisse zur Sprache gebracht werden, welche in ihrer Wahrheit die vorgeschriebenen Besserungsversuche oder selbst die Dienstentlassung zu Folge haben könnten. Dieses sind nun Verhältnisse, welche nicht mit dem Dienst in einer Verbindung stehen, sondern welche sich auch auf das Privatleben des Staatsbeamten beziehen können. Wenn sie nun wegen der darin liegenden Bedeutung des Vorwurfs die Einschreitung des Staatsanwalts rechtfertigen, obschon sie sich nicht auf seinen Dienst beziehen, und obschon sie außerhalb seines Dienstes, also in seinem Leben als Privatmann, z. B. in einem Wirthshaus, vorgebracht wurden, so hat hier der Gesetzgeber als Gegensatz für die im §. 5 erwähnten Beleidigungen nicht den Ausdruck außerhalb seiner Amtsverrichtung, der eine persönliche Amtsthätigkeit enthalten soll, gewählt, sondern er hat als Gegensatz den das ganze Dienstleben des Staatsbeamten umfassenden Ausdruck außerhalb seines Diensts angewendet, und also die Klage zugelassen, wenn nicht nur die Beleidigung gar keinen Bezug auf den Dienst hatte, sondern auch wenn sie zu einer Zeit und in einer Art und Weise zugefügt wurde, welche gar keinen Bezug auf die Dienstverrichtungen des Staatsbeamten hatte. Hier wird also die Klage des Staatsanwalts für Beleidigungen des Staatsbeamten außerhalb seiner persönlichen Amtsthätigkeit, und außerhalb eines Bezugs auf eine geschehene Amtsverrichtung wegen ihrer mittelbaren Rückwirkung in der Wahrheit ihres Inhalts auf das Dienstverhältniß des Beamten überhaupt zugelassen, und wenn sie nun einen unmittelbaren Bezug auf den Dienst des Beamten selbst hatte, wenn sie gerade wegen einer Dienstverrichtung überhaupt zugefügt wurde, so muß man die Zulassung der Klage des Staatsanwalts um so mehr zulassen, als das Interesse des öffentlichen Dienstes bei Beleidigungen der Staatsbeamten wegen und in Bezug ihres Dienstes doch immer größer ist, als wenn nur der Staatsbeamte als Privatmann, und wegen seines Privatlebens angegriffen wird. Ganz richtig hat daher der §. 43 des Preßgesetzes den Fall einer

Beleidigung des Staatsbeamten außerhalb seines Dienstes, welchen der §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes erwähnt, mit dem Fall einer Beleidigung des Staatsbeamten, nicht während einer Amtsverrichtung, sondern in Bezug auf seinen Dienst gleichgestellt, und da er gerade vorschreibt, daß der Staatsanwalt die Preßvergehen von Amtswegen verfolgt, ausgenommen in den Fällen, wo nach dem Gesetz über Ehrenkränkungen nur auf Klage des Beleidigten eingeschritten werden darf, er aber unter diesen Ausnahmen gerade wieder den Fall nennt, wo ein öffentlicher Diener in Beziehung auf sein Amt beleidigt wurde, und dabei nur einen Antrag des Dieners, oder seiner vorgesetzten Behörde verlangt, so wird man auch den §. 43 des Preßgesetzes in seinem Bezug auf das Ehrenkränkungsgesetz sehr wohl zur Verdeutlichung des §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes dahin anwenden können, daß man die Klage des Staatsanwalts für die in Beziehung auf ihren Dienst beleidigten Staatsbeamten dann zuläßt, wenn er dazu vom beleidigten Diener, oder von der demselben vorgesetzten Dienstbehörde veranlaßt wurde.

Unter diesen Voraussetzungen, bei den hier nachgewiesenen Widersprüchen und Undeutlichkeiten der §§. 5 und 12 des Ehrenkränkungsgesetzes scheint mir daher der §. 43 des Preßgesetzes in seinem ganzen Inhalt schon von dem Richter zur Erklärung des §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes herübergezogen werden zu dürfen, und ich würde daher, in Unterschied von der Redactionsnote zu dem erwähnten Aufsatz, annehmen, daß auch die Klage, welche vom Staatsanwalt nur auf Veranlassung der vorgesetzten Dienstbehörde eines in Bezug auf seinen Dienst beleidigten Dieners angestellt worden ist, allerdings von dem Richter zugelassen werden muß. Durch die Instructivverordnung vom 17. Februar 1832 ist aber diese Anwendbarkeit des §. 43 des Preßgesetzes auf die aus dem Ehrenkränkungsgesetz sich ableitenden Klagen des Staatsanwalts in seinem vollen Inhalt angeordnet, und obschon der Richter sie zur Richtschnur seiner Sprüche deßhalb und dann nicht bedarf, wenn er den §. 43 des Preßgesetzes für sich selbst schon zur Erläuterung des §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes anzieht, so kann ihm die Instructivverordnung nur um so willkommener seyn, als er daraus entnimmt, daß auch ein Factor der Gesetzgebung bei Uebertragung des §. 43 des Preßgesetzes auf den §. 12 des Ehrenkränkungsgesetzes das gleiche Bedürfniß der Vervollständigung und Erläuterung des letztern gefühlt hat.

Was man dabei von Abänderung des Ehrenkränkungsgesetzes und von der Unzulässigkeit dieser Abänderung durch eine von dem Staatsministerium erlassene Verordnung vorbringen will, ist um so unerheblicher, als sich, wie gesagt, eine Abänderung des Ehrenkränkungsgesetzes im §. 12 durch die Anwendbarkeit des §. 43 des Preßgesetzes nicht nachweisen läßt, und so gut man keinen Anstand nimmt, die Vorschrift des §. 3 der Instructivverordnung wegen der Förmlichkeiten der Berufung in Ehrenkränkungssachen ganz unbeanstandet anzuwenden, obschon davon kein Wort im Gesetz steht, eben so gut kann man auch den §. 43 des Preßgesetzes anwenden. Seine Anwendbarkeit in Beziehung auf das öffentliche Interesse des Staats bei Beleidigungen seiner Beamten jedes Grads ist sogar mehr gerechtfertigt, denn daß man dem Ehrenkränkungsverfahren die kurzen Nothfristen des Preßgesetzes vorschrieb.

Sander.

II.

Curiosum.

Die Annalen enthalten verschiedene **Curiosa** von Bezirksämtern.

Hier ein Seitenstück von einem Amtsrevisorat.

Die evangelische Pfarrei L. hat am 9. August dieses Jahrs mehrere Grundstücke gekauft, worüber das Amtsrevisorat W. einen Kaufbrief ausgefertigt und unterschrieben hat, der folgende merkwürdige Stelle enthält:

„Nach völlig bezahltem Kaufschilling ist dieser Kaufbrief zur Siegelung wieder anher vorzulegen.“ X.

III.

Neuentdeckter Druckfehler im Landrecht.

In dem Landrechtssatz 1630 findet sich ein nicht unbedeutender Druckfehler, auf welchen unsers Wissens noch Niemand aufmerksam gemacht hat, und von welchem auch das Druckfehlerverzeichniß in Baueittel's Handbuch keine Anzeige enthält. Statt Verkäufer soll es nämlich Käufer heißen, wie eine Vergleichung mit dem französischen Texte zeigt, wo nicht vendeur sondern acquéreur steht, welches Wort von Brauer im Artikel 1629 durch Käufer übersetzt wurde. C.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 10. Karlsruhe den 10. März 1838.

I.

Hofgericht des Unterrheinkreises.

Diebstahl.

Verurtheilung auf Inzichten.

Am 4. Mai 1837, Nachmittags, wurde in Mannheim auf der, unter dem Kaufhause und in der nächsten Umgebung desselben abgehaltenen Messe eine Reihe von Diebstählen verübt. Wegen solcher kamen die ledigen Adam und Anna Maria Weiher von Plankstatt in Untersuchung. Diese Inculpaten sind Geschwister, die Kinder eines vermögenslosen Kesselflickers. Nach den erhobenen Leumuthszeugnissen hängt Anna Maria Weiher dem liederlichen Leben nach, und Adam Weiher war bereits wegen Arbeitsscheue im Arbeitshause in Pforzheim. Er erlernt nun auf Kosten seiner Heimathsgemeinde das Schustergewerbe, zieht aber dabei ebenfalls von Zeit zu Zeit dem liederlichen Leben nach. Anna Maria Weiher wurde schon zweimal wegen Diebstahls bestraft, und einmal eines solchen Vergehens klagfrei erklärt, Adam Weiher, ebenfalls schon einmal eines Diebstahls klagfrei erkannt. Beide Individuen sind also Personen, zu denen man sich einer ähnlichen That wohl versehen kann. (P. G. Art. 25 Abs. 1.)

Sie wurden angeschuldigt,

I. der Entwendung eines Hosenträgers zum Nachtheile des Soldaten Carl Hecht.

Am fraglichen Nachmittage war an dem, ganz nahe bei dem Kaufhause gelegenen Gasthause zum Pfälzer Hof ein Puppenspiel aufgestellt, dessen Production eine große Menge Menschen zuschaute. Unter den Zuschauern befanden sich die Soldaten Joseph und Michael Klee von Hockenheim. Dieselben, denen die beiden Inculpaten bekannt waren, bemerkten, daß Letztere mit einander durch die Menschenmenge sich durchdrängten, daß dann Adam Weiher plötzlich dem Carl Hecht in die Uniformstasche griff, etwas herauszog, und sich mit seiner Schwester entfernte. Den Gegenstand, dessen Adam sich bemächtigte, konnten die genannten Zeugen, wegen der Geschwindigkeit, mit welcher Inculpat verfuhr, nicht erkennen. Sie gingen zu Hecht und fragten ihn, was er in der Rocktasche gehabt habe. Er erwiederte ihnen: „einen Hosenträger" und entdeckte nun, daß solcher entwendet worden sei. Die beiden Klee machten den Hecht auf die noch nicht sehr weit entfernten Geschwister Weiher aufmerksam; worauf Hecht diese, unter Beihülfe zweier Gendarmen, verfolgte und einholte. Es fand sich nun ein Hosenträger in dem Korbe, welchen Anna Maria Weiher bei sich trug. Hecht erkannte erstern für sein Eigenthum. Er hatte ihn am nämlichen Nachmittage erst und zwar in Gegenwart der Soldaten Adam Bolz und Christoph Schaber, wie diese auch eidlich bestätigten, auf der Messe für 12 kr. bei der Krämerin Ebert gekauft, welche ebenfalls eidlich versicherte, den nämlichen Hosenträger am gedachten Tage einem Soldaten verkauft zu haben. —

Hiernach war die Idendität des bei der Inculpatin gefundenen mit dem von Hecht erkauften Hosenträger hergestellt.

Adam Weiher, welcher gestand, den bei seiner Schwester entdeckten Hosenträger dieser gegeben zu haben, behauptete zwar, ihn auf der Messe eben gekauft zu haben, und bezeichnete die Krämerin Eitel als die Verkäuferin desselben. Diese erklärte aber eidlich und selbst in der Confrontation mit Adam, daß jene Angabe unwahr sei und sie gar keine derartige Waare führe. —

Da dem Carl Hecht außer dem Hosenträger nichts aus der Tasche entkommen war, da zwei Zeugen mit angesehen hatten, daß ihm von Adam Weiher wirklich ein Gegenstand heimlich aus der Tasche gezogen und da jener, dem Hecht erwiesener Maßen gehörige Hosenträger unmittelbar nach dem von den Zeugen beobachteten diebischen Acte im Besitze der Geschwister Weiher gefunden worden war, so lag die Gewißheit vor, daß Adam Weiher gerade jenen Hosenträger aus der Tasche des fraglichen Soldaten sich zugeeignet hatte, er mußte daher der Entwendung desselben schuldig erklärt werden.

Anna Maria hatte in der Untersuchung angegeben, daß

Thatsache nicht erfolgt — sie allein als letzterer geständig angesehen werden kann. Demnach wäre das Sicherste, jedesmal direkte der Partei die Vervollständigung eines mangelhaft abgelegten Geständnisses ihres Anwalts mit dem Präjudize des §. 364 der Prozeßordnung aufzutragen, hievon zugleich aber dem Anwalte zu seinem geeigneten Benehmen mit der Partei Nachricht zu geben.

Die Anregung des Vorstehenden geschah nur, um anderwärts eine gütige nähere Erörterung darüber für mich und Manche, mit denen ich davon sprach, zur Maßnahme zu veranlassen. Frei.

Anmerkung der Redaktion. — Der vorgeschlagene Weg wäre wohl gesetzlich zuläßig, aber weitläufig.

Mir scheint das natürlichste Verfahren darin zu bestehen, daß der Richter keinerlei Anstände erhebe und auf das Geständniß gerade so, wie wenn die Partei es selbst abgelegt hätte, baue. Der Partei bleibt überlassen, ob sie noch während des Verfahrens oder längstens 14 Tage nach Einhändigung des Urtheils (§. 154) das Geständniß widerrufen wolle. Thut sie dies nicht, so ist das Geständniß gleich dem von ihr selbst, oder vom Anwalt mit Spezialvollmacht, abgelegten (vorbehaltlich der Bestimmung des §. 155) unwiderruflich.

Durch die §§. 148 — 154 ist nämlich die Vorschrift des §. 142, Nr. 12, wornach zur Ablegung von Geständnissen eine Spezialvollmacht erfordert wird, dahin erläutert, daß das Nichtdaseyn einer solchen Spezialvollmacht das Geständniß nicht unzuläßig macht, sondern dasselbe nur dem Widerrufe Preis gibt.

Wenn das ohne Spezialvollmacht vom Anwalt abgelegte Geständniß unzuläßig wäre und vom Richter gar nicht berücksichtigt werden könnte, so wären die §§. 148 — 154 ganz zwecklos, sie sprächen von einem Falle, der gar nie eintreten könnte.

Daß nämlich diese §§. 148 — 154 nur den Fall im Auge haben, wo ein Geständniß von einem Anwalte abgelegt wurde, welcher dazu keine Spezialvollmacht hatte, geht wohl ganz klar aus der Vergleichung derselben mit den vorhergehenden beiden §§. 146 und 147 hervor.

Darnach kann nämlich das Geständniß, welches eine Partei selbst, oder der Anwalt in Gegenwart der Partei, oder in von ihr mit unterschriebenen „schriftlichen Vorträgen" abgelegt hat (ohne Beweis des Irrthums — L. R. S. 1356 —), nicht mehr widerrufen werden.

Ein solcher Widerruf findet daher auch nicht mehr Statt, wenn der Anwalt eine von der Partei unterschriebene Spezialvollmacht zur Ablegung des Geständnisses übergeben hat, da dies ein von der Partei unterschriebener, das Geständniß enthaltender, schriftlicher Vortrag ist.

Eben dieses geht auch aus dem §. 151 hervor, wornach der Widerruf nicht zugelassen wird, wenn der Anwalt nachweist, daß er zum Vortrag des Geständnisses von der Partei bevollmächtigt gewesen sei.

Also nur in dem Falle, wo der Anwalt ohne Spezialvollmacht Geständnisse abgelegt hat, findet der einfache Widerruf Statt.

Dieser Widerruf wäre aber nicht denkbar und das in den §§. 148 — 154 beschriebene Widerrufsverfahren fiele weg, wenn der Richter das ohne Spezialvollmacht abgelegte Geständniß schon vorhinweg gar nicht zu berücksichtigen hätte.

Letzteres kann daher der Sinn des §. 142, wornach zu Geständnissen eine Spezialvollmacht erfordert wird, nicht seyn.

Dieser §. 142 drückt das Präjudiz, welches wegen Mangels einer Spezialvollmacht bei Ablegung eines Geständnisses eintreten soll (nämlich die Rechtswirkung der Unterlassung einer solchen Vollmachtsvorlage), nicht aus; diese Rechtswirkung ist erst in den §§. 146 — 154 festgesetzt und zwar, wie nachgewiesen ist, nur dahin, daß, wenn keine Spezialvollmacht übergeben wurde, der einfache Widerruf des Geständnisses von Seiten der Partei in den bezeichneten Formen und in der bestimmten Frist noch zuläßig ist. D. R.

III.

Zu den Redaktionsnoten in Nr. 46, Jahrgang 1837 S. 273 — 275.

Theils zur Hebung eines Mißverständnisses, theils um die dort ausgesprochenen Ansichten gegen die erhobenen Bedenken zu rechtfertigen und zugleich die angeregten Prozeßfragen zu einer nähern Erörterung zu bringen, erlaube ich mir, zur Entgegnung auf die Redaktionsnoten, folgende Bemerkungen:

ad I. Note * (S. 273). Wenn es sich so verhielte, wie in der Note unterstellt wird, so litte die auf den §. 35 der Prozeßordnung gestützte Bemerkung der Redaktion nicht den geringsten Zweifel. Allein der Beklagte hat, wie schon im Kontexte des mitgetheilten Falles bemerkt ist, in seiner Vernehmlassung gerade die Thatsache widersprochen, aus welcher der Kläger die Kompetenz des Amtes Schw. herleitete, daß nämlich der Ort der Beschädigung in seinem Bezirk liege. Da der Kläger schon in der Klage den besondern Gerichtsstand des §. 21 der Prozeßordnung in thatsächlicher Beziehung zu begründen gesucht hatte, so konnte der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit als solche eigentlich nicht vorbringen (§. 35 der Prozeßordnung), sondern nur den dießfallsigen Theil des faktischen Klaggrunds widersprechen; und damit hat er im Wesen dasselbe gethan, es muß also auch gleiche Wirkung haben. Wenn daher gleich der Beklagte unterließ, folgerecht an diesen Widerspruch das Begehren der Abweisung nach §. 357 der Prozeßordnung zu knüpfen und diesen Umstand in zweiter Instanz sogar für sich benützen wollte,

auf der in keinem weitläufigen Raume abgehaltenen Messe, sich herum trieb und zwar, wie der unter Nr. I. erwähnte Diebstahl beweist, sich in einer höchst unerlaubten Absicht herumtrieb, konnten den urtheilenden Richter, mit Hinblick auf die Artikel 43, 25, Absatz 1 und 2 und arg. des Art. 39 der peinlichen Gerichtsordnung, nur dazu bestimmen, die Inculpaten als durch zusammentreffende Inzichten (eines nahen und mehreren entfernten, welche nach Art. 27 Satz 2 der P. G. in ihrer Verbindung die Kraft einer nahen Inzicht haben) überwiesen, der Entwendung der Kämme schuldig zu erklären. —

Hinsichtlich der Ohrringe und des Messers ruhte zwar auf der Inculpatin ebenfalls der Verdacht der Entwendung. Es gravirte sie außer einem Theile der eben erwähnten Gründe noch besonders, daß sie, nach Aussage der Frau des Gefangenwärters, welche die Inculpatin körperlich visitirte und eines Gendarmen, welcher der Visitation beiwohnte, die Ohrringe unter der einen Brust versteckt hatte, der vorliegenden Ueberweisung ungeachtet, diese Thatsache aber läugnete. — Da sie jedoch behauptete, die betreffenden Gegenstände von dem obgedachten fremden Weibe gekauft zu haben, und nicht zur Genüge ausgemittelt werden konnte, wem sie entkommen waren, so fehlte es zur Zeit am Beweis des Thatbestands eines Diebstahls.

III. Es wurden außerdem in der Hosentasche des Adam Weiber 13 fl. 21½ kr. in verschiedenen Münzsorten, nämlich 10 fl. 45 kr. in Sechs- und Dreikreuzerstücken, 17½ kr. in Kreuzern und Bruchkreuzern, sodann ein kleiner Thaler, ein neuer Sechsbätzner und zwei ⅙ Thaler; ferner bei Anna Maria Weiber drei leere Geldbeutel entdeckt.

Adam wollte das Geld von Hause mitgebracht haben, angeblich um, wie schon oben bemerkt wurde, Kleider zu kaufen, seine Schwester behauptete, die Geldbeutel auf der Messe gefunden zu haben. —

Es war aber am fraglichen Nachmittage nicht lange vor Verhaftung der Inculpaten zwölf Soldaten, nach deren eidlicher Versicherung, auf der Messe im Gedränge aus den hintern Taschen der Uniformröcke die Baarschaft, zum Theil in Geldbeuteln, entwendet worden. Das Geld, dessen Betrag jeder der Damnificaten angab, bestand größten Theils aus Sechs- und Dreikreuzerstücken. Nur einer der Soldaten (Christoph Schuppel) wollte einen kleinen Thaler und ein anderer (Ferdinand Kaiser) einen neuen Sechsbätzner besessen haben. Die drei, bei der Inculpatin vorgefundenen Beutel wurden als Eigenthum der Soldaten Schuppel, Kaiser und Anton Diez erkannt, von denen ersterer 3 fl. 30 kr., der zweite 2 fl. 5 kr. der dritte 30 kr. verloren hatte.

Wenn nun gleich die Idendität von Geldstücken nicht leicht herzustellen ist, so trat doch hier der besondere Fall ein, daß von den Damnificaten nur Einer einen kleinen Thaler in seinem Geldbeutel gehabt hatte, und unter dem, den Inculpaten abgenommenen Gelde ebenfalls nur ein kleiner Thaler sich befand, daß ebenso von den Damnificaten nur Einer einen neuen Sechsbätzner besaß, und auch nur ein solcher bei den Inculpaten erhoben wurde, welchen der betreffende Damnificat als dem seinigen für ganz ähnlich erklärte, daß endlich aber gerade diejenigen Beutel, in welchen die eben erwähnten Münzen gewesen waren, auch bei den Inculpaten vorgefunden wurden. Man durfte daher nicht bezweifeln, daß derjenige Theil des vorgefundenen Geldes, welcher dem gleich kam, das, nach Angabe der mehr erwähnten drei Damnificaten, in ihren Geldbeuteln vor deren Verluste sich befunden hatte, mit diesem letztern ein und dasselbe, und somit den Inculpaten gegenüber der Beweis des Besitzes des Geldes und der Geldbeutel der drei genannten Damnificaten geführt sei.

Als weitere Inzichten sprachen gegen die Inculpaten,

1) daß Adam Weiber nicht genau anzugeben wußte, wie viel er Geld besessen hatte. Er bemerkte nur, daß er 6 fl. von Lohn und Geschenken seiner Eltern erspart, und 6 fl. acht Wochen vor Beginn der Untersuchung von einem unbekannten Juden für eine von seinem Vater zum Geschenk erhaltene Pfeife eingenommen habe. Wenn man nun die dürftige Lage des Inculpaten in Betracht zog, so mußte man es für undenkbar halten, daß er den Betrag seines ersparten Geldes (die desfallsige Behauptung über den Erwerb als richtig vorausgesetzt) nicht bis zum kleinsten Detail gekannt haben sollte. — Hinsichtlich jenes Erwerbs selbst aber erschien es wieder als unglaublich, daß des Inculpaten Vater, ein dürftiger Kesselflicker, seinem Sohne eine Pfeife geschenkt haben sollte, wofür ein Jude 6 fl. bezahlte. Zu völliger Widerlegung des Inculpaten hatte übrigens sein Vater selbst die desfallsige Behauptung des ersteren bei der gerichtlichen Einvernehmung widersprochen. Sodann ergab sich aus der Deposition des Peter Friedel, bei welchem Inculpat auf Kosten der Gemeinde Plankstatt das Schustergewerbe erlernen soll, daß Inculpat keinen Lohn erhält, hiervon also auch keine Ersparniß machen konnte. Es hatte zwar des Inculpaten Vater erklärt, daß er jenem von Zeit zu Zeit Geldunterstützung habe zukommen lassen. Diese Angabe mußte aber bei der eigenen Vermögenslosigkeit und dem notorisch ärmlichen Ertrag des Kesselflickergewerbes des Vaters immer für verdächtig erachtet werden, besonders da auch der erwähnte Lehrherr nie Geld bei dem Inculpaten gesehen haben wollte, welche Aussage er noch mit dem Beisatze bekräftigte, daß er auch nicht wisse, wo jener es hätte hernehmen sollen.

War sonach die Behauptung des Inculpaten über den

Ad II. (S. 275) Die Berichtigung des Allegats aus der Prozeßordnung (§. 252 ſt. 54) iſt vollkommen in der Ordnung. Hinſichtlich des in der zweiten Note aufgeſtellten Grundſatzes kann ich aber meinem verehrten Freunde wieder nicht beiſtimmen. Ohne hier in die Erörterung der Frage einzugehen, ob auch von den in der Note angeführten §§. 358 und 360 eben die Anwendung gemacht werden dürfe, welche im vorliegenden Falle vom §. 357 der Prozeßordnung gemacht wurde, kann ich mich lediglich auf die Entgegnung beſchränken: der Richter, der nicht kompetent iſt, darf gar kein anderes Erkenntniß, ſei es hinſichtlich der Form (§. 309) oder der Materie, geben, als das über ſeine Kompetenz oder Nichtkompetenz, und die Frage der Zuſtändigkeit iſt deßhalb überall und in jeder Inſtanz Präjudizialfrage, über welche zu erkennen ihn, wie bereits in den Bemerk. zum I. Fall gezeigt wurde, auch der §. 1167 der Prozeßordnung nie hindern kann. Der Einſender trägt kein Bedenken, zu erklären, daß er ſich zu dieſer von ihm in jenem Rechtsfalle als Meinung der Minorität referirten Anſicht bekennt.

Zentner.

IV.

Iſt zur Wirkſamkeit eines Geſtändniſſes erforderlich, daß der Entſtehungsgrund der Verbindlichkeit ſich aus den Acten ergebe? Erläutert durch einen Rechtsfall.

Der Kläger hat, den Beklagten zur Zahlung einer bedeutenden Summe Geldes zu verurtheilen, ohne in ſeinem Klagvortrag einen Entſtehungsgrund der Forderung anzugeben. Der Beklagte erkannte die eingeklagte Forderung als richtig an; es iſt jedoch aus ſeiner Antwort ebenfalls keine causa debendi zu erſehen.

In erſter Inſtanz wurde der Beklagte auf den Grund des Geſtändniſſes zur Zahlung verurtheilt. Beſondere Gründe, deren Anführung unnöthig iſt, veranlaßten ihn bald nachher, gegen dieſes Erkenntniß die Berufung zu ergreifen, und zu bitten, die Klage wenigſtens angebrachtermaßen zu verwerfen.

Das Hofgericht zu Mannheim änderte das amtliche Urtheil nach dieſem Begehren ab; in der dritten Inſtanz wurde aber daſſelbe in Folge der Oberappellation des Klägers wiederhergeſtellt.

Die Hauptfrage bei dieſem Prozeſſe war die:

„kann der klägeriſche Anſpruch auf den Grund eines Geſtändniſſes richterlich anerkannt werden, wenn auch ein Entſtehungsgrund der Verbindlichkeit nicht bekannt iſt?“

Der Anwalt des Beklagten ſuchte dieſe Frage durch folgende Ausführung zu verneinen:

der Richter kann eine Verbindlichkeit des Beklagten nur dann durch Urtheil ausſprechen, wenn er von dem Daſeyn derſelben geſetzmäßig überzeugt iſt, und dieſe Ueberzeugung ſetzt voraus, daß die Bedingungen der Exiſtenz einer Verbindlichkeit vorhanden ſind.

Zum Daſeyn einer Verbindlichkeit gehört nun:

1) daß dieſelbe einen Entſtehungsgrund habe, und
2) daß die Thatſachen, welche denſelben bilden, nach den Geſetzen geeignet ſind, eine Verbindlichkeit zu erzeugen; L.R.S. 1131.

Liegt keine Vertragsurſache in den Akten, ſo fehlen die Grundbedingungen zur Exiſtenz einer Forderung, folglich auch zur richterlichen Ueberzeugung, und der Richter darf eine ſolche nicht ausſprechen, wenn er ſie geſetzlich nicht haben kann. Das gerichtliche Geſtändniß vermag dieſen Mangel nicht zu erſetzen. Dieß iſt ſeiner Natur nach nichts anderes, als ein Beweismittel. L.R.S. 1316. Beweismittel haben nur den Zweck, Thatſachen zu bewahrheiten, aus welchen der Richter zu ſchließen hat, ob eine Verbindlichkeit vorhanden ſei, oder nicht? Rechtliche Folgerungen aus Thatſachen ſind nicht Gegenſtand des Beweiſes, nicht Gegenſtand der Litiscontestation, ſondern lediglich der richterlichen Beurtheilung. Die Erklärung einer Partei „etwas ſchuldig zu ſeyn“ iſt keine Thatſache, ſondern eine Folgerung aus Thatſachen, mithin kann nur die Thatſache der Entſtehung, nicht aber das Schuldigſeyn allein ohne die erſtere zugeſtanden werden. So muß z. B. bei unerlaubten Vertragsurſachen die Klage ungeachtet des Geſtändniſſes verworfen werden. Nach L.R.S. 1337 hat eine Anerkennungsurkunde keinen Werth, wenn ſie die causa debendi nicht enthält, und überhaupt hat keine Urkunde in dieſem Falle Beweiskraft, L.R.S. 1131. Es iſt kein Grund vorhanden, einer Anerkennung, weil ſie vor Gericht erfolgt, dieſes Erforderniß zu erlaſſen, denn nirgends erklärt das Geſetz ein Zugeſtändniß für einen Rechtstitel, ſondern für ein Beweismittel. Nur unter gewiſſen Bedingungen kann es einem Rechtstitel gleichſtehen (Vergl. Anmerkung 2). Wäre der Beklagte contumax geweſen, und hätte demnach der Richter ein Geſtändniß fingiren müſſen, ſo würde ſicherlich eine Verwerfung der Klage erfolgt ſeyn, weil es derſelben an einem Klaggrund fehlt. Warum ſoll da, wo ein ausdrückliches Geſtändniß erfolgt, die Sache anders ſeyn?

Ein Urtheil auf Akten, die den Grund der Forderung im Dunkeln laſſen, iſt auch nicht fähig, die Einrede der entſchiedenen Sache zu begründen, weil es an

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 11. Karlsruhe den 17. März 1838.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall. Kann nach durchgeführtem ordentlichem Prozeß auf den Grund des rechtskräftigen letztinstanzlichen Urtheils vom Kläger ein unbedingter Befehl nach §. 702 der Prozeßordnung erlangt werden.

Kläger verlangte von der Beklagten im ordentlichen Verfahren die Bezahlung einer Rente für die Vergangenheit und die Zukunft, und Beklagte ward vom Oberhofgericht zur Bezahlung der eingeklagten Rente in der Zukunft, und für die Vergangenheit von 1828, letzteres auf einmal mit Zinsen, salva liquidatione verurtheilt.

Darauf hin bat der Kläger bezüglich des Kapitals der Rente für die Vergangenheit um einen unbedingten Befehl, und begründete solchen durch einzige Vorlage des oberhofgerichtlichen Urtheils. Er ward damit alsbald abgewiesen, weil man schon nach der Wortfassung des oberhofgerichtlichen Urtheils, und nach dem Verhältniß der Sache annahm, daß die im Urtheil vorbehaltene Liquidation sich nicht allein, wie Kläger behauptete, auf die Liquidation der Zinsen, sondern auch auf die Liquidation des Betrags des auf einmal seit 1828 zu bezahlenden Rückstands der Rente bezog. Folgeweise war daher die Forderung noch gar nicht liquid, also auch die Verpflichtung der Beklagten keineswegs außer allen Zweifel gesetzt. Daß übrigens das oberhofgerichtliche Urtheil hinsichtlich der vorbehaltenen Liquidation auch auf den Betrag der Rente selbst, und nicht allein auf die rückständigen Zinsen zu beziehen war, ergab sich insbesondere daraus, daß im Urtheil keine Frist anberaumt war, binnen welcher die Beklagte den Rückstand der Rente zu zahlen hatte, was doch nach §. 944 der Prozeßordnung zu geschehen hat, wenn ein Urtheil auf Zahlung einer Geldsumme geht.

Der weiters gegen den unbedingten Befehl vorgebrachte Anstand, daß überhaupt auf den Grund von rechtskräftigen Urtheilen kein unbedingter Befehl, sondern nur Urtheilsvollstreckung verlangt werden könne, ward jedoch vom Gerichtshof nicht als begründet erachtet, indem man annahm, daß der erbetene unbedingte Befehl ein minus von Recht des Klägers, gegenüber seines Rechts auf Urtheilsvollstreckung seie, und daß also der Kläger jedenfalls sein kleineres Recht geltend machen könne, wenn er solches dem Geltendmachen seines größern Rechts auf Urtheilsvollstreckung vorziehe. Ich kann mich davon nicht überzeugen.

Die verschiedenen Prozeßarten der Prozeßordnung sind meines Erachtens in der Hinsicht publici juris, daß es den Partein, abgesehen von dem Fall des §. 200 der Prozeßordnung, nicht einmal in beiderseitiger Uebereinstimmung, geschweige auf einseitiges Andringen zusteht, den Richter anzuhalten, eine Sache in einer Prozeßart zu verhandeln, welche ihr nicht vorgeschrieben ist. Das abgekürzte Verfahren gewährt gegenüber dem ordentlichen Verfahren eine geringere Garantie für die Vorführung und Erhebung aller Thatsachen des Prozesses, als das mit der Nothwendigkeit eines Beweiserkenntnisses versehene ordentliche Verfahren. Das abgekürzte Verfahren kann daher auch bei einer zum ordentlichen Verfahren geeigneten Sache als ein minus des Rechts auf das ordentliche Verfahren angesehen werden, und doch ist es wohl sehr zu bezweifeln, ob der Richter auf das Verlangen des Klägers, seine zum ordentlichen Verfahren geeignete Sache im abgekürzten zu verhandeln, da eingehen müßte, wo die Parteien nicht nach §. 200 der Prozeßordnung gesonnen sind, schiedsrichterliches Verfahren in der Form des abgekürzten zu wählen.

Jedenfalls kann man nicht sagen, daß ein unbedingter Befehl gegen das Vollstreckungsverfahren ein minus des Rechts des Imploranten ist, sondern es ist ein ganz anderes eigenthümliches, nach besondern Voraussetzungen geregeltes Recht, welches selbst wieder das Vollstreckungsverfahren begründet und nach sich zieht, und von dem daher aus seinen eigenen Voraussetzungen und Verhältnissen nachgewiesen werden muß, daß es für sich und aus den ihm unterliegenden Urkunden begründet ist. Der Schluß, daß

man sagt, aus dem rechtskräftigen Urtheil ist der Kläger zum Vollstreckungsverfahren berechtigt, folgeweise ist er auch zum Verlangen eines unbedingten Befehls berechtigt, ist gewiß unzureichend und irrig.

Nach §. 702 folgde. ist das Gesuch um einen unbedingten Befehl eine Klage auf Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit, welche durch öffentliche Urkunden erwiesen und in jeder Beziehung außer Zweifel gesetzt werden muß. Es müssen daher die Urkunden die persönliche Verbindlichkeit des Beklagten in allen ihren Beziehungen darthun, und so muß die Entstehung, die Art und Weise der Verbindlichkeit, ihre Verfallzeit, kurz alles Nähere und Entferntere der Verbindlichkeit muß aus den Urkunden selbst hervorgehen. Wenn aber ein rechtskräftiges Urtheil einen unbedingten Befehl nach §. 702 begründen soll, so kann man nicht sagen, daß dadurch die persönliche Verbindlichkeit des Beklagten in allen Beziehungen dargethan wird. Das Urtheil enthält nur das Ergebniß des Rechtsstreits über die Verbindlichkeit, die Verfällung zur Bezahlung derselben. Die Entstehung, die nähere Art und Weise derselben ist aus dem Urtheil nicht zu erkennen, und insofern man gewiß anzunehmen berechtigt ist, daß die im §. 702 erwähnten öffentlichen Urkunden in allen ihren Beziehungen doch auch solche seyn müssen, welche vom Schuldner selbst ausgegangen sind, von ihm unterzeichnet sind, so wird man nicht annehmen können, daß eine Urtheilsurkunde die im §. 702 verlangte öffentliche Urkunde seie, welche die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners in allen ihren Beziehungen außer Zweifel setzt.

Ueberhaupt scheint es mir, daß nach entschiedenem Rechtsstreit und erlangtem rechtskräftigem Urtheil man nicht sagen kann, daß der Kläger die Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit des Verurtheilten verlangt. Es kommt auf diese persönliche Verbindlichkeit gar nicht mehr in erster Linie an, sondern das Urtheil, als ein ex imperio judicis abgeleiteter Befehl des Richters, muß befolgt werden. Alle Beziehungen auf die persönliche Verbindlichkeit des Verurtheilten sind abgeschnitten, der Beklagte kann keine Einreden dagegen mehr vorbringen, solche sind alle im vorangegangenen Verfahren erledigt oder versäumt worden, und da doch im §. 706, 707 die Zuläßigkeit von Einreden im Verfahren des unbedingten Befehls ausdrücklich anerkannt ist, selbst von den unerwiesenen, welche zum besondern Verfahren ausgesetzt werden, so würde eben der ganze Rechtsstreit von vornen wieder angefangen werden, denn so wie man dem Kläger das Recht gibt, mit seinem Urtheile einen unbedingten Befehl auf Erfüllung der persönlichen Verbindlichkeit zu verlangen, was nach §. 702 ganz unzweifelhaft die Anstellung einer Klage ist, so muß man auch dem Beklagten das Recht lassen, gegen die Klage alle seine Vertheidigungen vorzubringen, und den gleichen Rechten der Parteien ganz zuwider wäre es, die Einreden des Beklagten wegen rechtskräftiger Entscheidung des Rechtsstreits zu verwerfen, dem Kläger aber das Recht zu lassen, durch sein Gesuch um einen unbedingten Befehl den Prozeß wieder von vornen anzufangen. Er würde dadurch zu einer Schraube ohne Ende werden. Nach §. 946 der Prozeßordnung werden die vollzugsreifen unbedingten Befehle den rechtskräftigen Urtheilen gleichgestellt, und wenn also der Kläger auf das rechtskräftige Urtheil hin einen unbedingten Befehl erlangen kann, so kann er auch auf den Grund des mit dem rechtskräftigen Urtheil gleichstehenden unbedingten Befehls einen abermaligen unbedingten Befehl erlangen, und so bis an das Ende der Welt fortmachen.

Man wird zwar sagen wollen, daß jeder Kläger das Recht habe, seine Klage dem Richter wieder vorzubringen, ohne daß der Richter sie mittelst der von Amtswegen vorgeschützten Einrede der rechtskräftigen Entscheidung alsbald verwerfen könne. Allein dieses trifft doch nur da zu, wo der Kläger zu seiner neuen Anbringung der Klage die geeignete Prozeßart wählt, was aber bei dem Verlangen eines unbedingten Befehls auf den Grund eines im ordentlichen Verfahren erlangten rechtskräftigen Urtheils nicht der Fall ist. Um nämlich einen unbedingten Befehl verlangen zu können, müssen die Thatsachen der auf die Erfüllung einer persönlichen Verbindlichkeit gerichteten Klage durch öffentliche fehlerfreie Urkunden erwiesen seyn. Wer aber eine Klage im ordentlichen Verfahren anstellt, und dabei die im §. 702 verlangten öffentlichen Urkunden nicht besitzt, der hat auch gar keine persönliche Forderung, welche sich zu der Prozeßart des unbedingten Befehls eignet, und wenn er sich nun dazu des nachgefolgten rechtskräftigen Erkenntnisses bedienen will, so ist dasselbe keineswegs eine Urkunde, welche alle Thatsachen einer persönlichen Verbindlichkeit in allen Beziehungen außer Zweifel setzt. Das Urtheil ist gar nicht dazu ausgestellt, um einer persönlichen Forderung des Gläubigers zur Beweisurkunde zu dienen, sondern es ist, auf den Beweis des Gläubigers gebaut, das Anerkenntniß des Richters über den Bestand einer Forderung des Klägers, wie sich solche durch den Rechtsstreit herausgestellt hat. Der Kläger würde dadurch in die Lage kommen, eine zum Verfahren des unbedingten Befehls nicht vereigenschaftete Forderung durch das im ordentlichen Verfahren erhaltene Urtheil zu einer neuen Klage im Weg des unbedingten Befehls zu erheben, was er aber deßhalb nicht thun kann, weil er dann, wenn er das Urtheil nicht zur Einleitung des Vollstreckungsverfahrens benutzen, sondern darauf eine neue selbstständige Klage bauen will, auf das Urtheil als rechtskräftige Entscheidung des Rechtsstreits selbst verzichtet, und alsdann

die Klage wieder in dem Stand erheben muß, wie sie sich bei ihrer ersten Anstellung befand.

Es mag zwar richtig seyn, daß der gemeine deutsche Prozeß auf den Grund des rechtskräftigen Urtheils eine actio judicati zuließ. Allein abgesehen davon, daß unsere Prozeßordnung diese Klage als eine eigene Prozeßart nicht aufnahm, so war auch die gemeinrechtliche actio judicati keineswegs im Mandatsprozeß zu verfolgen, sondern im ordentlichen Verfahren, und darin liegt ein abermaliger Beweis, daß man auch nach unserem auf den gemeinen Prozeß gebauten Prozeßrecht auf den Grund eines rechtskräftigen Urtheils keinen unbedingten Befehl erlangen kann.

Sander.

II.

Ueber die Auslegung der Landrechtssätze 676 — 679.

Katharina Barbara Heiß gegen Stephan Heerdt.

Katharina Barbara Heiß stellte unterm 11. August 1835 gegen Stephan Heerdt bei dem großherzoglichen Bezirksamte Philippsburg eine Klage an, des wesentlichen Inhalts:

Des Beklagten Scheuer stoßt unmittelbar an den hinter meinem Wohnhause befindlichen Garten. Vor einigen Tagen hat der Beklagte ohne meine Einwilligung ein Loch durch den Stall und ein weiteres durch die Scheuer geschlagen. Ich bin nicht schuldig, dieß zu leiden, und bitte, dem Beklagten aufzugeben, daß er die beiden Oeffnungen auf seine Kosten, unter Androhung des geeigneten Präjudizes, zumauern lasse. Der Beklagte wurde hierauf (ohne Mittheilung der Klage und ohne Androhung eines Rechtsnachtheiles) vorgeladen und erklärte:

Vor 3 — 4 Wochen habe ich zwei Zuglöcher in meine Scheuermauer stoßen lassen; die Scheuer hat jedoch seit 30 Jahren 2 — 3 Zuglöcher. Darauf erging unterm 20. August 1835 das amtliche Urtheil:

Daß Beklagter schuldig sei, die in seiner Scheuermauer befindlichen beiden Löcher binnen 8 Tagen bei Vermeidung einer der Klägerin zufallenden Geldstrafe von 5 Reichsthalern zumauern zu lassen.

Hiegegen ergriff der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation, indem er die Klage als unbegründet darzustellen suchte, und das alleinige Eigenthum an seiner Scheuermauer nachwies.

Das großherzogliche Hofgericht erkannte hierauf am 2. März 1836, daß die Klage auf Zumauerung der von dem Beklagten in seiner Scheuermauer eingerichteten zwei Löcher abzuweisen sei.

Dies Urtheil erfolgte:

In Erwägung, daß die Scheuermauer, in welcher der Beklagte die zwei in Frage stehenden Löcher errichtete, nach dem Anerkenntnisse der Klägerin alleiniges Eigenthum des Beklagten, Appellanten ist;

In Erwägung, daß das Eigenthum die Befugniß in sich schließt, über Bestand und Wesen einer Sache nach Belieben zu schalten und zu walten, so lange nur keine durch Gesetz oder Verordnungen des Staats untersagte Verfügung darüber getroffen wird;

In Erwägung, daß für den vorliegenden Fall eine Beschränkung der Eigenthumsbefugnisse weder durch ein Gesetz noch durch eine besondere Staatsverordnung besteht; indem das Gesetz, Landrechtssatz 651, 652, 676 — 78, dem Eigenthümer einer Mauer, welche an das Gut eines Andern gränzt, nur hinsichtlich der zu errichtenden Lichtfenster und hinsichtlich der Aussicht auf den Grund des Nachbars bestimmte Verbindlichkeiten auflegt;

In Erwägung, daß die zwei Löcher, wegen deren die Klage erhoben wurde, weder die eine noch die andere Bestimmung haben, Lichtfenster zu seyn, oder zur Aussicht auf das Gut der Klägerin zu dienen, vielmehr, wie Beklagter behauptet, nur Zuglöcher sind;

In Erwägung, daß es daher der angestellten Klage in dieser Hinsicht an einem rechtlichen Grunde mangelt, der Beklagte, Appellant in so weit durch das amtliche Urtheil beschwert erscheint, und dasselbe zu dessen Gunsten abzuändern ist.

Gegen das hofgerichtliche Erkenntniß wandte die Klägerin das Rechtsmittel der Oberappellation ein, und vom großherzoglichen Oberhofgerichte wurde unterm 26. September 1837 das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt, und zwar aus folgenden Entscheidungsgründen:

Es ist zwar der Satz im Allgemeinen richtig, daß zufolge Artikel 544 des Landrechts für die Unbeschränktheit des Eigenthums die Vermuthung streitet, allein aus dieser Regel, in Verbindung mit den L.R.S. 676 — 678, folgt keineswegs, daß der Eigenthümer einer auf Nachbarsgut stoßenden Mauer nur hinsichtlich der Errichtung von Lichtfenstern und Aussichtsöffnungen beschränkt, hinsichtlich aller auf andere Zwecke gerichteten Oeffnungen aber ungebunden sei, im Gegentheil liegt darin, daß die letztgedachten Landrechtssätze dem Eigenthümer einer Mauer, die unmittelbar auf des Nachbars Gut stößt, nur Lichtöffnungen, und diese nur in einer gewissen, die Aussicht nicht zulassenden Höhe, sodann mit eisernen Gittern und geschlossenen Fenstern, gestattet, das unzweifelhafte Verbot aller auf andere Zwecke gerichteten und mit anderer Einrichtung versehenen Oeffnungen, schon nach dem logischen Grundsatze, daß, wer von Vielem nur Eines zugiebt, alles Andere verneint.

Der Zweck des Gesetzes geht unzweifelhaft dahin, im Interesse der öffentlichen Ordnung den Nachbar bis auf eine gewisse Entfernung sowohl gegen das Herüberwerfen von belästigenden Gegenständen, als auch gegen neugierige Blicke aus dem Gebäude des Nachbars zu schützen.

Nur zu diesem Zweck ist die Höhe bestimmt, unter welcher die allein gestatteten Lichtöffnungen nicht errichtet werden sollen, und auch das Schließen derselben mit nicht offenbaren Fenstern ist ebenfalls nur darum vorgeschrieben.

Die Ferne aber, bis auf welche das Grundstück des Nachbars gegen den Ueberblick und das Herauswerfen von Gegenständen geschützt seyn soll, ist vom Gesetze (Artikel 678) in gerader Richtung auf 6 Fuß und in schräger auf 2 Fuß bestimmt. Mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes müssen also auch die Mauern als unmittelbar auf das Nachbargut stoßend angesehen werden, welche zwar nicht auf dem äußersten Rande des dem Mauereigenthümer gehörenden Bodens stehen, jedoch nicht den vollen gesetzlichen Zwischenraum bis zum Gut des Nachbars frei lassen.

Anmerkungen des Einsenders.

1) Das großherzogliche Oberhofgericht hat angenommen

daß von der Klägerin eine actio negatoria angestellt worden sei, gegründet auf das Eigenthum des hinter ihrem Wohnhause liegenden Gartens. Nach unsern Gesetzen, II. Einführungsedict §. 25 und L. R. S. 939 a, 1002 b, 1583 a, wird aber noch weiter die thatsächliche Ausführung erfordert, daß der Erwerbtitel des Eigenthums in das Grundbuch eingetragen ist, was hier nicht angegeben wurde. *)

2) Die Klagbitte ist darauf gerichtet, daß der Beklagte die gemachten Oeffnungen wieder zumauern lasse. Dies ist eine persönliche Leistung oder Arbeit, welche durch einen Dritten verrichtet werden kann. Es war also nicht nöthig, dem Beklagten unter Androhung einer Geldstrafe aufzugeben, daß er dem Urtheile Folge leiste. Das Gesetz, welches hier strenge auszulegen ist, bezeichnet solche Strafen als Vollstreckungsmittel nur für die Fälle, wo der Beklagte verpflichtet ist, eine Handlung zu unterlassen.

Prozeßordnung §§. 968, 979, 981.

Mayer.

III.

Auszug aus Gantverhandlungen [1]).

Es liquidiren:

1) Gemeinderechner S. von W. Namens der Gemeinde 115 fl. 22 kr. Kapital und Zins vom 1. Januar 1835 .... mit Pfandbucheintrag vom 17. Dezember 1836 auf amtliches Liquid-Erkenntniß, dessen Datum und Nr. [2]) noch nachgetragen werden wird [3]), mit Unterpfandsrecht in III. Klasse ....

2) E. M. von B. lt. schriftl. Eingabe 7. Februar dieses Jahrs, Forderung . . . . 95 fl. 17 kr. mit Unterpfandsrecht vom 24. September 1835 Nr. 6043 ....

6) F. R. von D. Ackerkaufschilling . . 22 fl. 48 kr. nach Steigprotokoll vom 26. November 1835 mit Vorzugsrecht wegen Eigenthumsvorbehalt in III. Klasse aus dem Erlös des Ackers ....

8) Die Ehefrau [4]) nach Berechnung der Theilungsbehörde jure sep. . . . . 8 fl.
sodann . . . . 242 „

mit Vorzugsrecht in III. vom Tage des Verkaufs der Liegenschaften an.

Ein Pfandgläubiger von K., Namens der Sschen Kinder liquidirte innerhalb der Wiederherstellungsfrist mit folgendem Antrage:

die Verfügung treffen zu wollen, daß das fragliche Kapital (von 400 fl.) nebst den Zinsen vom 27. Mai 1836 bis zur Abzahlung à 5% an ihn geleistet werde.

Auf diese Verhandlungen erging ein Lokationsurtheil, unter Anderm des Inhalts:

Klasse III.

a) Gemeindsrechner S. von W. für die Gemeinde mit 115 fl. 22 kr. Kapital nebst Zins vom 1. Januar 1835....

b) E. M. von B. mit . . . . 95 fl. 17 kr. nebst zweijährigen Zinsen sammt den laufenden.

c) F. R. von D. mit . . . . . . 22 fl. 48 kr. aus dem Erlöse des zu Eigenthum vorbehaltenen Ackers.

d) Die Ehefrau des Gemeinschuldners mit . 182 fl. Ersatz der veräußerten eheweiblichen Liegenschaften mit Vorzugsrecht vom Tage der Veräußerung, ferner als ererbtes liegenschaftliches Gleichstellungsgeld . 60 fl. [5])

e) Die S'schen Kinder unter Pflegschaft des von K. Kapital auf Obligation vom 27. Mai 1836 . 400 fl. nebst Zins von da und dem laufenden aus dem Erlös der speziell verpfändeten Liegenschaften.

Nach Verkündung dieses Urtheiles übergab die Ehefrau einen Ergänzungsantrag wegen Bestimmung des Tages der Entstehung ihres Unterpfandsrechtes. Diesem Gesuche wurde entsprochen, und darauf gingen die Akten an das Amtsrevisorat. Der Theilungskommissär wies den Gläubigern der dritten Ordnung ihre Zahlung in nachstehender Reihenfolge an:

1) Der Ehefrau des Gemeinschuldners mit Pfandrecht vom Jahr 1817 . . . . 242 fl.

2) F. R. von D . . . . 22 fl. 48 kr.

3) Der Gemeinderechnung zu W . . . 115 fl. 22 kr. nebst Zinsen.

4) E. M. von B . . . . 95 fl. 17 kr. nebst Zinsen und Kosten.

5) Ssche Kinder, Pfleger von K . . . . 400 fl. nebst Zinsen.

Die Folge davon war, daß der letztere Gläubiger bedeutend in Verlust fiel, obschon sein bedungenes Pfandrecht älter ist, als das richterliche der Gemeindekasse zu W.

Auffallender aber ist, daß — ohne einen Antrag von irgend einer Seite — am Ende des Vertheilungsbescheides folgende Verfügung, wie es scheint aus der Feder des Theilungskommissärs, gegeben ist.

Dem Curator wird aufgegeben, bei Strafe doppelter Zahlung vor der Hand an die Ehefrau des Gantmanns keine Zahlung zu leisten, da dieselbe, wegen in Verlust gerathener Forderungen, regressorisch belangt werden wird.

Mayer.

Verbesserung.

Nr. 8 des Jahrgangs 1838 der Annalen, S. 56, Spalte 1, im Aufsatz III. in der Ueberschrift, so wie in der ersten Zeile muß es statt 1837 heißen: 1835.

*) Die angeführten Gesetze sagen nicht, daß künftig Niemand mehr sein Eigenthumsrecht an Liegenschaften gerichtlich geltend machen könne, so lang er es nicht in das Grundbuch habe eintragen lassen, — sondern sie sagen nur, daß, wer das Eigenthum an einer Liegenschaft (durch Kauf, Schenkung, Erbschaft oder wieimmer) erwerbe, schuldig sei, „seinen Erwerb in's Grundbuch eintragen zu lassen, und daß, ehe dieses geschehen, er sein Eigenthum in Gerichten nicht geltend machen könne."

Jene Gesetzesstellen beziehen sich also nur auf jene Fälle, da Jemand das Eigenthum erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes erwirbt.

Nur wenn der Kläger seinen Garten erst seit dem 1. Januar 1810 erworben hätte, könnte ihm also der Mangel des Eintrags entgegengehalten werden.

In sofern aber der Richter, ohne vom Kläger hinsichtlich des Erwerbs des Gartens nach §. 248 der Prozeßordnung vorerst Vervollständigung des Klagvortrags zu fordern, die Verhandlung gepflogen, und der Beklagte alsdann das Eigenthumsrecht des Klägers anerkannt hat, so konnte der Richter von dem Letztern hintennach weder eine Nachweisung über den Erwerb des Gartens noch eine solche über den Eintrag dieses Erwerbes verlangen. D. R.

[1]) Als Muster, wie die Ganten nicht behandelt werden sollen. D. R.

[2]) Abbreviaturen aller Art sind bei dem Amte P. gewöhnlich.

[3]) Ist aber nicht nachgetragen worden.

[4]) Das Sachverhältniß in Bezug auf die Forderung der Ehefrau ist in der Vermögensuntersuchung erörtert worden.

[5]) Hier suche man die Anwendung der Prozeßordnung, §. 895 — 898.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 12. Karlsruhe den 24. März 1838.

I.

Ueber mündliches Referiren in Strafsachen.

Nachdem durch unsere Prozeßordnung die längst ersehnte Mündlichkeit des Verfahrens eingeführt war, wurde im Anfange sehr häufig, bald unter diesem, bald unter jenem Vorwande, die Zulassung des schriftlichen Verfahrens begehrt. Bei dieser Abgeneigtheit gegen die mündliche Verhandlung ignorirte man, daß eben die Schriftlichkeit es war, die das von der Praxis geschaffene Rechtsmittel der restit. ex culpa referentis nöthig machte, welches selbst durch die Einführung des Instructivvotums nicht überflüssig wurde.

Allmählig ist aber der Wahn, als stecke die Unfehlbarkeit und Gründlichkeit nur in der Feder, gleich einem Nebel verschwunden, der unsern Gesichtskreis beengt hatte.

Je mehr das mündliche Verfahren im bürgerlichen Prozesse die Schriftlichkeit verdrängte, desto fühlbarer wurde das Bedürfniß nach Mündlichkeit im Strafverfahren, weil der Mangel einer lebendigen Anregung zur Aufmerksamkeit, die so leicht beim ruhigen Anhören einer Reihe schriftlich verfaßter Vorträge ermüdet, um so stärker hervortreten mußte, als die Gerichtsmitglieder an die mündlichen Vorträge der Anwälte im bürgerlichen Prozesse gewöhnt und gerade dadurch zu der Ueberzeugung gelangt sind, daß Mündlichkeit das beste Mittel ist, die Aufmerksamkeit zu fesseln. Wird sie nicht mehr durch das monotone Ablesen weitläufiger Relationen methodisch eingeschläfert, so ist schon unendlich viel gewonnen. Dieses einzusehen fällt nur denjenigen schwer, welche gleichsam mit der Feder zusammengewachsen sind. Wer sich davon trennen kann, wird nicht in Abrede stellen, daß sehr viele Sachen, welche die neuere Gesetzgebung an die Gerichte überwiesen hat, ihrer Natur nach wohl geeignet sind, auf mündlichen Vortrag entschieden zu werden. Unstreitig gibt es aber auch peinliche Fälle genug, die sich ihrer Einfachheit wegen mündlich vortragen lassen, ohne daß der Angeschuldigte hiebei in der Rechtssicherheit irgend gefährdet wird.

Der Verfasser des Artikels II. in Nr. 46 der Annalen von 1837, welchem die hierher bezügliche Justizministerialentschließung vom 29. November 1836 (abgedruckt in dem ersten Doppelheft der oberhofgerichtlichen Jahrbücher, N. F. S. 121 — 23) nicht vorgeschwebt zu haben scheint, würde vielleicht die geäußerten Bedenklichkeiten nicht hegen, wenn er die Geschäftsbehandlung selbst in ihrer wahren Gestalt kennen gelernt hätte. Es ist nicht Alles auf Gerathewohl dem Gedächtnisse überlassen, da die factischen und rechtlichen Momente, auf welchen die Entscheidung beruht (und zwar die ersteren unter spezieller Allegation der betreffenden Actenstellen) in wesentlicher Vollständigkeit aufgezeichnet werden müssen. Gewiß geht aber der Referent am sichersten, wenn er entscheidende Stellen, wie Geständnisse, Zeugenaussagen, Befundsprotokolle, Gutachten rc., statt sie abzuschreiben, aus den Acten verliest, weil er der Gefahr eines Irrthums oder Versehens weniger ausgesetzt ist, als beim Extrahiren. Das Bestreben nach Kürze, der Wunsch, eine gedrängte Darstellung zu liefern, kann mitunter eine Mangelhaftigkeit des schriftlichen Vortrags im Gefolge haben; der mündliche Vortrag hingegen wird es weniger an Vollständigkeit fehlen lassen, weil man leichter spricht als schreibt. Die vorzüglichste Garantie liegt in der Gewissenhaftigkeit und practischen Befähigung des Referenten, nicht in der Vervielfältigung der Acten, die übrigens kein ausschließliches Besitzthum des Referenten sind, indem jeder Votant nach Belieben hineinsieht, um sich über diesen oder jenen Punkt genauer zu informiren. Die jedem Erkenntnisse beizufügenden Entscheidungsgründe, welche eventuell vorgearbeitet werden können, enthalten zudem, wenn auch keine vollständige Relation, doch ein Resume, welches alles Wesentliche in Ansehung des ob- und subjectiven Thatbestandes umfaßt.

Ueberdies sind die schriftlichen Relationen nirgends ausgeschlossen, vielmehr in allen Sachen, deren Aburtheilung nur durch das Plenum erfolgen kann, als Regel vorgeschrieben. Das Nämliche ist auch hinsichtlich des Instructivvotums der Fall. Es kann aber hier noch einer weitern Garantie erwähnt werden, die vor dem Eintritt des pro-

visorischen Gesetzes vom 18. Februar 1836 (Regierungsblatt Nr. X.) nicht bestanden hatte. In allen wichtigern Fällen, namentlich wo es sich um Mordbrand, Todtschlag, Straßenraub oder gewaltsamen Diebstahl von besonderer Bedeutung handelt, ist der Staatsanwalt ausschließender Respicient. Annalen von 1837, Nr. 2.

Seine Verpflichtung besteht hauptsächlich darin, die eingesandten Acten zu durchgehen, die Untersuchung nach allen Seiten zu prüfen, und die etwa nöthig scheinenden Ergänzungen in Antrag zu bringen. Es ist mithin, außer dem Referenten und Instructivvotanten, noch eine dritte Person, die der Aburtheilung beiwohnt, mit dem Inhalte der Acten vertraut, und folglich auch in der Lage, den Referenten controlliren zu können.

Man sieht also, daß der oben allegirte Aufsatz von unrichtigen Unterstellungen ausgeht, mit welchen die daran geknüpften Besorgnisse von selbst hinwegfallen dürften.

Bayer.

II.

Auch etwas über Indicienbeweis, unter Beziehung auf den in Nr. 42 vorigen Jahrgangs mitgetheilten Kriminalfall.

Aus dem mitgetheilten Kriminalfall ersieht man alsbald, daß die Indicien, welche die Verurtheilung des Inquisiten für die vier verschiedenen Diebstähle begründeten, in einer arithmetischen Progression abnahmen, denn im ersten Fall lag der Besitz der gestohlenen Sache, die Anwesenheit des Inquisiten am Ort des Diebstahls, und die Zurücklassung seiner Sache am Platz des Diebstahls vor, während im zweiten Fall nur der Besitz der gestohlenen Sache, und die Anwesenheit des Inquisiten am Ort des Diebstahls, im dritten Fall nur der Besitz der gestohlenen Sache, und im vierten Fall sogar nur ähnliche Umstände erwiesen waren. Es ist auch zehn gegen eins zu wetten, daß man die Verurtheilung des Inquisiten wegen des zweiten, dritten und vierten Diebstahlfalls nur als eine Art Zugabe zur Verurtheilung für den ersten, allerdings mit sehr dringenden Indicien begleiteten, Diebstahlfall ausgesprochen hat, und daß man wohl schwerlich eine Verurtheilung des Inquisiten erkannt hätte, wenn der Inquisit je einzeln des zweiten, dritten und vierten Falls angeschuldigt worden wäre. Wenn man aber bedenkt, daß bei der Verurtheilung des Inquisiten für alle vier Diebstähle, und bei der dadurch eintretenden Markenberechnung eine längere Zuchthausstrafe eintrat, und somit der Inquisit für die andern Diebstahlsfälle außerhalb des erstern selbstständig bestraft wurde, so wird man selbst in Zulassung einer Verurtheilung auf Indicien es in Zweifel stellen können, ob man zur Verurtheilung für den zweiten, dritten und vierten Fall genügende Indicien besaß. Allerdings scheint sich der Inquisit die Pferde zum Gegenstand seiner nächtlichen Industrie auserlesen zu haben, insoweit aber die Indicien unmittelbar einen Schluß auf die Begehung eines Verbrechens abgeben sollen, so konnte aus der sehr dringenden Verdächtigung des Inquisiten hinsichtlich des ersten Diebstahls nichts für die davon in Zeit und Ort verschiedenen weitern Diebstähle folgen.

Es wird zwar im dritten Fall unter Nr. 4 des fraglichen Aufsatzes gesagt, daß in dem verläugneten Besitz des werthvollen Pferdes in Händen des vermögenslosen Inquisiten die völlige Unmöglichkeit einer andern Erwerbsart des Pferds liege, als daß er es entwendet habe, und man ersieht aus dem ganzen Aufsatz deutlich, daß man auf den nicht gerechtfertigten Besitz einer entwendeten Sache ein Hauptgewicht, ja bei dem dritten und vierten Diebstahlsfall das alleinige Gewicht zur Ueberführung gelegt hat. Wenn man bedenkt, daß die Entwendung nur ein Erwerbungsgrund einer Sache ist, und daß es noch eine Menge anderer Erwerbungsgründe gibt, so folgt aus dem Besitz des Objekts des Diebstahls noch gar kein unmittelbarer Schluß auf die subjective Begehung der Entwendung selbst. Ja wenn man erwägt, daß selbst die Nichtrechtfertigung und sogar die Verläugnung des Besitzes einer gestohlenen Sache noch gar keinen nothwendigen Schluß auf die Begehung des Diebstahls abgiebt, indem der Besitzer die entwendete Sache von dem Dieb zum Verkauf erhalten haben kann, wo er alsdann dieses nicht selbst angeben wird, oder sie sonst auf eine unechte Weise, jedoch nicht gerade durch eigene Entwendung, erworben haben kann, so wird man es sehr bezweifeln müssen, daß die Verläugnung des Besitzes einer gestohlenen Sache zur Verurtheilung auch dann hinreiche, wenn man überhaupt auf Indicien verurtheilen kann.

Ueberhaupt scheint die Meinung, daß man nach unsern Strafgesetzen auf bloße Indicien eine volle Verurtheilung zu peinlicher Strafe aussprechen könne, immer mehr um sich zu greifen, ja man scheint selbst den Satz anzuerkennen, der Seite 185 des vorigen Jahrgangs der Annalen aufgestellt wurde, daß man auf entfernte Indicien hin selbst zur Todesstrafe verurtheilen könne, womit man dem badischen Recht mehr Spielraum ertheilt, als dem geschwornen. Wenn man aber bedenkt, welche gar nicht zu ermessende Verschiedenheit des Verfahrens bei beiden besteht, wie der Geschworne den Angeschuldigten sieht und hört, und seine Vertheidigung vernimmt, während der badische Richter aus todten Untersuchungsakten sein Urtheil schöpft, und nichts unmittelbar vernimmt, als die Eröterungen und Anträge des anklagenden Staatsanwalts, wie der Angeschuldigte vor dem Geschwornen unter dem alles erleuchtenden Schild

der Oeffentlichkeit steht, während hier Alles vor dem Angeschuldigten, nicht aber vor dem Staatsanwalt im Dunkel des geheimen Verfahrens vor sich geht, wenn man erwägt, wie die Zulassung des Indicienbeweises so unbedingt an die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens gebunden ist, so graut Einem vor der Macht der im Geheimen auf entfernte Indicien sprechenden Richter, und schwerlich wird man Viele finden, welche in den Seite 149 des vorigen Jahrgangs niedergelegten Wunsch einstimmen, daß durch eine provisorische Einführung des Indicienbeweises die Möglichkeit gegeben werde, darin Erfahrungen zu sammeln. Es möchten traurige Erfahrungen seyn!

Man hat es zwar neuerdings in der Abhandlung I., Nr. 31 des vorigen Jahrgangs, und zwar mit vielem Scharfsinn versucht, die gesetzliche Zulassung des Indicienbeweises aus unserm Strafedikt nachzuweisen; allein nichtsdestoweniger wird es nicht schwer fallen, das Gegentheil darzuthun.

Wenn man sich nämlich auf den Satz des §. 14 des Strafedikts bezieht, wo von Indicien gesprochen wird, welche zusammentreffen müssen, damit der Richter im Stande seie, daraus ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des Verbrechers zu ziehen, und wenn man daraus folgern will, daß also der Richter unbeschränkt aus Indicien ein Urtheil über die Schuld des Angeklagten schöpfen könne, so hat schon v. Weiler in der Abhandlung VIII., I. Heft I. Band des Archivs für Rechtspflege darauf aufmerksam gemacht, daß diese Schuldhaftigkeit des Verbrechers nach den vorhergehenden §§. 10 und 11 dahin verstanden werden müsse, daß sie sich auf die Schuldhaftigkeit des Verbrechers in so weit beziehe, als sie bis zur Erkennung der außerordentlichen Strafe des §. 10 und des Erforschungsmittels der Wahrheit nach §. 11 aus Indicien entnommen werden könne, und daß also daraus für die Behauptung nichts folge, daß aus Indicien die Schuld des Verbrechers ganz unbeschränkt und bis zur Erkennung jeder ordentlichen peinlichen Strafe zu entnehmen seie. Es ist dieses aber um so richtiger, als man nicht übersehen darf, daß der §. 14 des Strafedikts keineswegs davon handelt, was die Wirkung der bewiesenen Indicien ist, sondern daß er ausweislich der angeführten Art. 23 und 30 der Carolina nur davon spricht, wie der Beweis der Inzichten selbst beschaffen seyn müsse. Hätte der Gesetzgeber etwas Anderes über die Wirkung der bewiesenen Indicien bestimmen wollen, als im Art. 22 der Carolina bestimmt ist, so hätte er es im §. 13 des Strafedikts gethan, wo gerade von dem Art. 22 der Carolina über die Wirkung der Indicien die Rede ist, und da er dorten nur sagt, daß die Artikel der Carolina über Natur und Wirkung der Indicien so weit anwendbar blieben, als sie, ohne der peinlichen Frage sich zu bedienen, anwendungsempfänglich sind, so geht daraus klar hervor, daß die Wirkung der Indicien in unserm Partikularrecht nach den Bestimmungen beurtheilt werden muß, welche der Gesetzgeber hinsichtlich der peinlichen Frage gegeben hat, also nach §. 10 des Strafedikts. Dorten wird aber nirgends davon gesprochen, daß auf bloße Indicien hin eine volle peinliche Strafe erkannt werden darf, sondern gerade das Gegentheil davon wird gesagt, wie weiter unten nachgewiesen werden wird.

Man will zwar in der erwähnten Abhandlung S. 184 einen neuen gewichtigen Grund für die Zuläßigkeit des Indicienbeweises aus dem §. 18 des Strafedikts damit entnehmen, daß man behauptet, es folge aus der dortigen Bestimmung: daß die Klagfreierklärung den Beschuldigten nur bis auf neuere zureichende Inzichten von der Untersuchung befreit, der Satz, daß die Verurtheilung in die gesetzliche Strafe erfolgen müsse, wenn schon die erste Untersuchung einen zureichenden Indicienbeweis geliefert habe. Wenn man aber zugeben muß, daß dieser Satz nirgends in den vorhergehenden Bestimmungen des Strafedikts ausdrücklich ausgesprochen worden ist, und wenn nicht zu bezweifeln ist, daß er eben auch hier im §. 18 nicht ausdrücklich festgesetzt wird, so muß man es überhaupt als eine sehr gewagte Behauptung erklären, daß dieser Satz doch anzunehmen seie, weil er aus einer andern Bestimmung des Gesetzes folge. Man sollte doch glauben, daß die Gesetzgebung bei dem Satz der unbeschränkten Zuläßigkeit des Indicienbeweises, der an schwerem Gewicht und tief eingreifender Bedeutung wahrlich keinem andern Satz in dem ganzen Strafverfahren aus dem Wege geht, es nicht auf eine im richterlichen Ermessen liegende Folgerung aus einer andern gesetzlichen Bestimmung, auf eine immerhin höchst unzuverläßige Interpretation habe ankommen lassen dürfen, sondern gewiß in der Lage gewesen wäre, den Satz der unbeschränkten Zuläßigkeit des Indicienbeweises ausdrücklich aufzustellen, wenn er als gesetzliche Vorschrift beabsichtigt war. Es ist zwar nicht zu bezweifeln, daß die Freunde der Zuläßigkeit des Indicienbeweises damit eine große Consequenz entwickeln, daß sie diese Zuläßigkeit selbst wieder auf bloße Vermuthungen und Indicien aus dem Gesetze begründen. Aber eben weil solche schwere gesetzliche Vorschriften nicht durch Vermuthungen, sondern durch klare gesetzliche Bestimmungen dargethan werden müssen, eben deßhalb ist auf jede nur aus Folgerungen abgeleitete Begründung dieser Zuläßigkeit nicht viel zu halten.

Ueberdies ist die aus der erwähnten Bestimmung des §. 18 gezogene Folgerung der Zuläßigkeit des Indicienbeweises zu Erkennung einer vollen peinlichen Strafe in sich unrich-

tig, weil sie über den Gegenstand und Inhalt der Bestimmung selbst hinausgeht. Die Bestimmung des §. 18 geht dahin, daß die Klagfreierklärung den Angeschuldigten nur bis auf etwaige neuere zureichende Indicien von der Untersuchung befreie, und wenn man nun behauptet, daß also der Angeschuldigte zur vollen peinlichen Strafe verurtheilt werden könnte, wenn die erste Untersuchung schon zureichende Indicien geliefert habe, so ist für diese Folgerung aus der Bestimmung des §. 18 nichts zu entnehmen, weil sie nichts davon sagt, daß auf die neuen zureichenden Indicien ein Urtheil einer peinlichen Strafe gebaut werden könne, sondern weil sie nur davon spricht, daß eine neue Untersuchung darauf begründet werden dürfe. Der §. 18 enthält kein Wort darüber, daß auf die in der ersten Untersuchung zu Tag gegangenen Indicien ein volles peinliches Strafurtheil gebaut werden könne, und da er bei den neuen zureichenden Indicien nur von der Untersuchung spricht, so ist um so weniger einzusehen, wie daraus ein Schluß auf peinliche Bestrafung aus Indicien gefolgert werden kann, wo diese Bestimmung einen andern ganz nahe liegenden Inhalt hat.

Die Klagfreierklärung, wofür die Bestimmung gegeben ist, enthält bekanntlich nur eine Entbindung von der Instanz, ein Waffenstillstand rebus sic stantibus, und diese liegen gebliebene Untersuchung kann jederzeit wieder aufgenommen werden, wenn sich neue Indicien gegen den Klagfreierklärten ergeben. Wenn aber nun der Gesetzgeber dafür zureichende Indicien verlangt, so beziehen sich diese zureichenden Indicien weder auf eine frühere noch eine spätere darauf zu erkennende ordentliche peinliche Strafe, sondern lediglich nur darauf, daß sie selbst zu einer Wiedereröffnung der Untersuchung zureichen müssen. Der Gesetzgeber will damit nur sagen, daß nach erfolgter Klagfreierklärung die Untersuchung nicht auf jede neue, auch die entfernteste Inzicht wieder aufgenommen werden soll, sondern daß sie so neue zureichende seyn sollen, daß sie zum allerwenigsten in dem gleichen Maaß zur Wiedereröffnung einer zweiten Untersuchung zureichen müssen, in welchem sie vorhanden seyn sollen, um die Einleitung einer ersten Untersuchung zu begründen. Denn auch die erste Untersuchung soll bekanntlich nicht auf vage, weit entfernte Indicien eingeleitet werden, also auch nicht die zweite, und so wenig man aus dem Umstand, daß zureichende Indicien eine erste Untersuchung begründen, die Behauptung nehmen kann, daß also die zureichenden Indicien der ersten Untersuchung eine ordentliche peinliche Strafe nach sich führen, eben so wenig kann man aus der Vorschrift des §. 18, daß zureichende neue Indicien eine neue Untersuchung begründen, etwas dafür entnehmen, daß sie für die erste oder zweite Untersuchung eine ordentliche peinliche Strafe rechtfertigen. Aus dem Umstand, daß die zur ersten Untersuchung zureichenden Indicien nur eine Klagfreierklärung herbeiführten, folgt vielmehr umgekehrt die Behauptung, daß auch die zweite auf zureichende Indicien eingeleitete Untersuchung nur zu einer neuen Klagfreierklärung führt, wenn sie nichts weiteres als Indicien mit sich gebracht hat, welche nicht zur Erkennung der außerordentlichen Strafe des §. 10, 11 des Strafedikts zureichen.

Es ergibt sich aber aus einer Zusammenstellung der §§. 18, 10 und 11 des Strafedikts unwidersprechlich, daß nach klaren Bestimmungen unserer Partikulargesetzgebung keinerlei volle Strafe für Verbrechen auf den bloßen Indicienbeweis gebaut werden kann.

Der §. 18 schreibt vor, daß ein Angeschuldigter für klagfrei erklärt werden soll, wenn sich nach Erschöpfung der gesetzlichen Erforschungsmittel keine Beweise gefunden haben, welche zu einem ordentlichen Straferkenntnisse hinreichen, und bezieht sich dabei auf den §. 10. Fragt man nun, wann denn die gesetzlichen Erforschungsmittel eintreten, so geben darüber der §. 10 für zwei Fälle die Tortur, und der §. 11 für geringere Vergehen die Auskunft, daß sie dann einzutreten haben, wenn auf dem Angeschuldigten hinlänglicher Verdacht, also zureichende Indicien ruhen, und wenn sie nun angewendet worden sind, und sich aus der Anwendung keine Beweise ergeben haben, welche zu einer ordentlichen Strafe hinreichen, so muß der Angeschuldigte für klagfrei erklärt werden. Es werden sonach den die Erforschungsmittel rechtfertigenden Indicien Beweise zum ordentlichen Straferkenntniß entgegengesetzt, und wollte man annehmen, daß zu den letztern auch Indicien gehörten, so wäre nicht einzusehen, warum man die Erforschungsmittel vorher anwenden soll, denn indem sie selbst schon auf hinlänglichen Indicien beruhen, wäre nicht einzusehen, warum man nicht alsbald die ordentliche Strafe erkennt, wenn sie auf Indicien erkannt werden könnte. Man kann dagegen nicht einwenden, daß die Erforschungsmittel nur bei entferntern Indicien eintreten sollen, und daß die ordentliche Strafe da zu erkennen seie, wo die Indicien näher seien, davon ist im ganzen Strafedikt nichts zu ersehen, und hätte der Gesetzgeber eine Unterscheidung zwischen Indicien machen wollen, welche zur Erkennung des Erforschungsmittels des §. 11 und der außerordentlichen Strafe des §. 10 im Gegensatz von jenen genügen, welche zur Erkennung der ordentlichen Strafe ausreichen, so hätte er gewiß darüber doch eine Andeutung, eine Inzicht gegeben, welche aber überall mangelt. Wären aber Indicienbeweise, welche zu einem ordentlichen Straferkenntniß hinreichend sind, so müßte man annehmen, daß, im Fall ein Erforschungsmittel ein weiteres Indicium herausstellt, z. B. der Angeschuldigte

den Besitz der gestohlenen Sache eingesteht, ohne aber die Entwendung zuzugeben, daß alsdann die ordentliche Strafe hätte erkannt werden dürfen. Das glaubt aber Niemand, denn Jedermann weiß, daß das Erforschungsmittel auf Erzwingung des Geständnisses der That des Verbrechens gieng, und daß die weitern aus dem Erforschungsmittel sich ergebenden Inzichten eben so wenig einen Beweis zur ordentlichen Strafe darstellen konnten, als die Tortur zur Erkennung der odentlichen Strafe berechtigte, wenn sich aus ihr noch eine Inzicht, aber kein Geständniß der That ergab.

Gehen wir weiter, so finden wir im §. 10 des Strafedikts, daß man für die Folter, welche man früher auf Inzichten erkannte, in lit. α die Klagfreierklärung, und in lit. β die außerordentliche Strafe mit der Hälfte jener anordnete, welche verdient gewesen wäre, wenn der Angeschuldigte des Verbrechens rechtsbehörig überwiesen worden wäre. Daß nun diese außerordentliche Strafe gerade bei dem Indicienbeweis eintritt, wird von Niemand bestritten, und indem der Gesetzgeber bei ihrer Erkennung von einem rechtsbehörigen Beweis im Gegensatz dessen spricht, der zu ihrer Erkennung nöthig ist, so fragt sich, was denn dieser zur Erkennung der außerordentlichen Strafe ausreichende Beweis ist. Es tritt aber die außerordentliche Strafe gerade bei dem Indicienbeweis ein, und so folgt daraus, daß er — der Indicienbeweis — dem rechtsbehörigen Beweis durch Geständniß oder Zeugen entgegengesetzt, also zur vollen peinlichen und ordentlichen Strafe für unzureichend erklärt wird.

Man wird zwar sagen wollen, daß auch der Indicienbeweis, wenn er ein in sich zusammentreffendes, die volle Ueberzeugung des Richters erwirkendes Ergebniß nach sich führe, gleichfalls ein gesetzliches Ueberweisungemittel seie, und daß also auch der durch Indicien Ueberwiesene rechtsbehörig überwiesen seie. Allein vorerst setzt der Ausdruck rechtsbehörig überwiesen voraus, daß das Gesetz irgendwo schon bestimmt hat, was denn ein rechtsbehöriger Beweis seie, und da nun weder im Strafedikt noch in der dadurch modificirten Carolina der Indicienbeweis als solcher benannt, sondern nur Geständniß oder Zeugen oder Augenschein als solcher anerkannt ist, so wird man nirgends berechtigt seyn, den Indicienbeweis als den rechtsbehörigen Beweis anzunehmen, wodurch Jemand zur ordentlichen Strafe verurtheilt werden kann. Wollte man es aber auch, so würde sich vor allen Dingen fragen, wann alsdann der Fall der im §. 10, β eingeführten außerordentlichen Strafe einzutreten, wann man anzunehmen habe, daß ein Angeschuldigter nicht rechtsbehörig überwiesen seie? Die Antwort könnte nur die seyn, daß man sagt, wenn ein Angeschuldigter durch den formellen Beweis, oder durch einen zur Ueberzeugung ausreichenden Indicienbeweis rechtsbehörig überwiesen ist, muß er zur ordentlichen Strafe verurtheilt werden, wenn aber kein formeller Beweis vorliegt, wenn der vorliegende Indicienbeweis zur Ueberzeugung des Richters nicht ausreicht, wenn nur entfernte Indicien vorliegen, alsdann hat die außerordentliche Strafe des §. 10, z. B. zehn Jahre Zuchthaus, einzutreten. Glaubt aber Jemand im Ernst, daß man im Strafedikt vorschreiben wollte, daß Inzichten mit Geständniß und Zeugen ganz gleichzustellen seien. Glaubt Jemand an die fürwahr Grauen erregende Bestimmung, daß man die außerordentliche Strafe nicht für den Fall des bloßen Indicienbeweises überhaupt, sondern dafür einführen wollte, wo der Indicienbeweis nicht zur Ueberzeugung des Richters ausreiche? Daß man also die Verurtheilung eines Angeschuldigten zu einer immerhin schweren Strafe beabsichtigte, wo nicht einmal ein schlüssiger Indicienbeweis, sondern nur ein entfernter Verdacht vorlag, und daß man alles dieses da vorschrieb, wo man auch nicht entfernt dem Richter ein Merkmahl, eine Unterscheidung angab, aus der er entnehmen konnte, wo ein zur Ueberweisung des Angeschuldigten zur vollen Strafe, wo nur ein zur außerordentlichen Strafe, und wo nur ein zur Klagfreierklärung ausreichender Indicienbeweis vorlag. Alles dieses sollte dem im Geheimen Recht sprechenden Richter gänzlich überlassen seyn. Wäre es so, so wäre man in Baden weiter gegangen, als man je irgendwo gegangen ist, und alles, was man seither an der Aufhebung der Tortur, an der Menschenfreundlichkeit des Strafedikts gerühmt hat, wären leere Phrasen, wäre durch diese eine, wirklich fürchterliche Bestimmung, mehr als aufgewogen, daß der Richter langwieriges Gefängniß erkennen dürfe, wo nicht einmal ein ausreichender Indicienbeweis vorlag, wo der Angeschuldigte nur des Verdachts verdächtig war. Wenn es so wäre, müßte man nur suchen, alsbald über die Grenze zu kommen, und man könnte die Tortur zurückwünschen, denn wer starke Nerven und feste Knochen hat, der kann hoffen, sie auszuhalten, aber gegen diese Macht der Richter, auf einen unzulänglichen Indicienbeweis eine mehrjährige Zuchthausstrafe zu erkennen, giebt es keine Wehre.

Doch so ist es Gottlob bei uns nicht. Die außerordentliche Strafe des §. 10 tritt nur dann ein, wenn der Angeschuldigte nicht rechtsbehörig überwiesen ist. Dieses Rechtsbehörig kann aber nicht auf die Quantität, das Maaß der Ueberweisung verstanden werden, weil man sonst nothwendig zu dem Satz kommt, daß sie also auch auf einen unvollständigen Indicienbeweis erkannt werden darf, auf bloßen Verdacht hin, sondern das Rechtsbehörig muß auf die Qualität auf die Art des Be-

weises ausgelegt werden, dahin, daß der Indicienbeweis als zur vollen Ueberführung des Angeschuldigten bis zur ordentlichen Strafe als rechtsunbehörig, als unzuläßig, als unzureichend erklärt wird. Es trifft dieses wieder mit dem §. 18 überein, wo ebenfalls von Beweisen gesprochen wird, welche zu einer ordentlichen Strafe hinreichen, und aus dieser Zusammenstellung, aus diesem Uebereintreffen, wo der Gesetzgeber gerade bei der aus Indicien folgenden außerordentlichen Strafe des §. 10, bei dem Erforschungsmittel des §. 11, und bei der Klagfreierklärung des §. 18 von rechtsbehörigem Beweis, von Beweisen, welche zu einer ordentlichen Strafe ausreichen, spricht, folgt auf das sicherste, daß diesen Beweisen der Inzichtenbeweis entgegengesetzt, und als zu einer ordentlichen Strafe unzureichend erklärt wird.

Wenn man auch den Standpunkt der gesammten Strafgesetzgebung in Deutschland zu Anfange dieses Jahrhunderts, also zur Zeit der Erlassung unsers Strafedikts, in das Auge faßt, so wird man lediglich nichts Auffallendes darin finden, daß man im Jahe 1803 den Inzichtenbeweis nicht als ausreichend zur Erkennung einer ordentlichen peinlichen Strafe erklärte. Gerade umgekehrt müßte man es als ein blaues Meerwunder erachten, wenn man annehmen wollte, daß man in Baden im Jahr 1803 den Indicienbeweis ohne alle sub- und objective Beschränkung des Richters zur Erkennung aller peinlichen Strafen, selbst der Todesstrafe für hinreichend erklärt hätte. Während man in Baiern noch im Jahr 1813 vielfache Bestimmungen und Beschränkungen über den Inzichtenbeweis ertheilte, denselben im Art. 330 zur Erkennung der Todesstrafe für unzureichend erklärte, und somit, der Sache nach, wie Mittermaier Strafverfahren §. 176 mit Recht bemerkt, die Inzichten nur zur Erkennung einer außerordentlichen Strafe für ausreichend erachtete, sollte man bei uns im Jahr 1803 die Inzichten so geradezu als gesetzliches Beweismittel zugelassen haben, ohne auch nur eine Schranke zu setzen, ohne auch nur die Bestimmung zu treffen, daß wenigstens daraus nicht auf den Tod erkannt werden dürfe? Das glaubt kein Mensch, das glauben selbst die Freunde des Indicienbeweises nicht, und eben weil sie es nicht glauben, sollten sie auch zugeben, daß dieses Beweismittel zur Erkennung einer ordentlichen Strafe bei uns überhaupt nicht eingeführt ist. Es ist ja eine bekannte Sache, daß man zu Ende des vorigen und anfangs des jetzigen Jahrhunderts über die Sicherungsmittel im Streite lag, welche die seit der partiellen Aufhebung und seit der überall seltener gewordenen Anwendung der Folter so häufig vorgekommene Freisprechung dringend verdächtiger Angeschuldigter erforderte. Schon zu Karpzov's Zeiten wendete man dafür eine außerordentliche Strafe an. Die preußische Gesetzgebung war die erste, welche in der Kriminalordnung §. 405 für den Fall des alleinigen Inzichtenbeweises eine außerordentliche Strafe gesetzlich einführte. Dieses Beispiel befolgte unser Strafedikt im §. 10, und eben deßhalb ist und bleibt diese Einführung der außerordentlichen Strafe der beste Beweis, daß man den Inzichtenbeweis nicht als einen zur vollen peinlichen Strafe ausreichenden Beweis anerkannte. Man könnte zwar bei uns sagen, daß nach Aufhebung des Erforschungsmittels des §. 11 durch das Gesetz vom 25. November 1831, ohne daß dafür etwas Anderes festgesetzt worden, nunmehr eine Lücke in unseren Gesetzen entstanden seie, indem man dem Richter nicht gezeigt habe, was er in jenen Fällen zu thun hat, wo er auf das aufgehobene Erforschungsmittel nicht mehr erkennen darf. Wenn sich aber auch ein Richter deßhalb für berechtigt hält, alsdann keine Klagfreierklärung, sondern bei einem schlüssigen Indicienbeweis auf volle Strafe zu erkennen, so kann er dieses nur bei den leichtern Vergehen thun, für welche im §. 11 das Erforschungsmittel vorgeschrieben war. In den schwerern Verbrechen des §. 10 besteht wegen Zuläßigkeit der außerordentlichen Strafe keine Lücke, und er ist daher nicht berechtigt, im Fall eines bloßen Indicienbeweises die volle peinliche Strafe gegen den nicht rechtsbehörig überwiesenen Verbrecher auszusprechen. Dringend Noth thut es allerdings, daß der jetzige Zustand, wo je nach Zusammensetzung des Gerichts einmal eine Verurtheilung auf Inzichten, ein andersmal eine Freisprechung erfolgt, und wo also nicht das Gesetz, sondern der Zufall die Strafe diktirt, aufhöre. Aber das Ende, welches darin bestände, daß ohne Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens der Indicienbeweis als gesetzliches Ueberführungsmittel zugelassen würde, wäre das schlimmste, das gefährlichste von allen.

Sander.

III.

Straßenraub.

(Beurtheilung eines Inzichtenbeweises.)

Die ledige großjährige Maria Anna Strößer von Oedheim im Würtembergischen wurde nach ihrer eidlichen Aussage am 30. September 1836 in dem Walde zwischen dem Hardhof und Neckarzimmern von einem Juden vornen auf der Brust angepackt, welcher ihr das Geld abverlangt und sodann ein Halstuch vom Leibe hinweggenommen haben soll. Der nachmals von ihr als Thäter anerkannte Herz Rauh von Neckarzimmern stellte jedoch in der bei dem Amte Mosbach gegen ihn geführten Untersuchung die Beschuldigung beharrlich in Abrede und das großherzogliche Hofgericht erkannte unterm 21. Februar 1837: daß diese

Untersuchung wegen mangelnden Beweises des Thatbestandes eines Raubs auf sich zu beruhen habe.

Dagegen ergriff der Staatsanwalt den Recurs, weil er glaubte, daß der in Frage stehende Straßenraub ob- und subjectiv hergestellt und erwiesen sei — und trug zu dessen Begründung vor:

Der Vorgang fand im Walde, also an einem für den Straßenraub günstigen Orte und zu einer Zeit Statt, wo außer dem Angeschuldigten und der Beraubten überall Niemand zu sehen war. Gelegenheit macht Diebe. Das zufällige Zusammentreffen mit einer fremden Weibsperson mag den sonst unbescholtenen Inculpaten zur That verleitet haben. Die Strößer hat eidlich ausgesagt: „Als ich ein Stück in den Wald allein gegangen war, [illegible] ein Jude vom Hardhof her. Derselbe packte mich [illegible]en auf der Brust und sagte: gib dein Geld her! — Ich erwiederte, ich habe keines. Ich hatte ein Halstuch an den Zipfeln unter meiner Schürze angebunden, und weil es gerade stark regnete, habe ich den obern Rock und die Schürze aufgeschlagen, damit das Halstuch nicht naß werden solle. Dieses Halstuch riß er mir von der Schürze und dem obern Rock heraus und steckte es in die linke innere Tasche seines Rockes. Ich war sehr erschreckt und sprang wieder gegen Neckarzimmern hin und schrie. Ich ließ jedoch den Juden nicht außer Aug und dieser lief mir stark nach. Ein Mann von Neckarzimmern, welcher Oettinger heißt, hörte mich schreien und kam mir entgegen. Als diesen der Jude sah, blieb er zurück. Ich und der Mann waren ungefähr 30 Schritte von ihm. Derselbe bückte sich an einem Wasenplätzchen ganz auf den Boden; es ist ein Bäumelchen dort und wahrscheinlich hat er dort das Halstuch versteckt, weil ich mit dem Polizeidiener von Neckarzimmern später solches dort gefunden habe.“ —

Diese Angabe umfaßt unstreitig alle zum Thatbestand eines Straßenraubs erforderlichen Merkmale. Sie ist bestätigt durch die eidlichen Aussagen des Friedrich Oettinger und seiner Tochter Friderike Oettinger. Beide hörten schreien und bemerkten beim Umsehen ein Weibsbild im Wiesenthal, welches herbei kam, schrie und weinte und sagte, sie sei im Wald von einem Juden angepackt und ihres Halstuchs beraubt worden.

Insbesondere sah Friedrich Oettinger ungefähr zwei Büchsenschüsse weit einen Juden mit einem Zwerchsack nachkommen, der bei dem Brünnlein auf der Ludenbacher Wiese die Hosen hinunter machte, sich niedersetzte und wahrscheinlich seine Nothdurft verrichtete, wie Inculpat selbst angibt. An eben dieser Stelle wurde nachher im Beiseyn des Polizeidieners Baumhekel das Halstuch der Strößer unter einem Rasen, welcher mit einem Steine beschwert war, wieder vorgefunden. Es scheint demnach zureichend erwiesen zu seyn, daß der genannte Jude die Strößer im Walde ihres Halstuchs beraubt, und solches bei dem Brünnlein versteckt hat, um es später dort abzuholen und sich nicht gleich durch dessen Besitz zu verrathen, da er sich wohl vorstellen konnte, daß man ihm bald zu Leib gehen werde, weil er die Beraubte vor sich hin nach Neckarzimmern zurückkehren gesehen hatte.

Nun ist aber die Identität jenes Juden mit der Person des Angeschuldigten außer allem Zweifel, da er gesteht, daß er mit der Damnificatin an dem von ihr bezeichneten Orte zusammen getroffen sei. Ganz besonders erheblich ist aber noch der Umstand, daß Inculpat, als er kurz nach der That im Hause des Bürgermeisters zu Rede gestellt und ausvisitirt wurde, nicht läugnen konnte, daß er, in der Meinung, das Weibsbild sei eine Tochter des Groskinsky auf dem Hardhof, aus Gespaß zu ihr gesagt habe, sie solle ihr Geld hergeben. Dieses vor dem Ortsvorgesetzten abgelegte und daher einem gerichtlichen billig gleichzuachtende Geständniß ist durch die eidlichen Depositionen des Bürgermeisters Elfer und des Polizeidieners Baumhekel vollständig erwiesen. Es muß daher auffallen, wie Inculpat die Stirne haben konnte, dieses Geständniß vor dem Untersuchungsrichter rundaus abzuläugnen! Allein gerade dadurch hat er sich noch weit verdächtiger gemacht, denn es ist nicht abzusehen, warum er den vorgeblichen Spaß nicht auch vor dem Untersuchungsrichter eingestehen sollte, nachdem er solchen vor dem Ortsvorgesetzten eingestanden hatte.

Indessen verdient die Art, wie Inculpat den Angriff der Damnificatin beschönigen will, schlechterdings keinen Glauben. Denn, da er sich ganz nahe bei ihr befand, so konnte er über die Person nicht im Irrthume seyn. Auch würde die Damnificatin, welche 24 Jahr alt und also kein Kind mehr ist, über einen bloßen Spaß nicht so laut geweint und geschrieen haben, daß Oettinger und dessen Tochter sie von weitem hören konnten. Gewiß würde auch die Damnificatin, welche nach dem Hardhof wollte, nicht wieder nach Neckarzimmern, wo sie eben hergekommen, zurückgegangen seyn, um dem Bürgermeister, welcher ihr kurz zuvor den Weg gewiesen hatte, einen ihr widerfahrenen Spaß anzuzeigen, und sich einen Geleitsmann auszubitten, um ohne Gefahr auf den Hardhof gelangen zu können. Sie war, als sie Schutz beim Bügermeister suchte, noch eben so wie vorher, als sie mit Oettinger und dessen Tochter zusammentraf, im Schrecken, sie jammerte und weinte und sah überhaupt nicht so aus, als wäre ihr nur ein Spaß und nichts weiter passirt.

Die Damnificatin vermißt zwar auch ihr Beutelchen, in welchem sich etliche 30 kr. baares Geld befunden haben sollen; da sie jedoch der gehabten Aengsten wegen nicht

sagen konnte, ob sie das Geld verloren oder ob es ihr der Jude ebenfalls genommen habe — so mag dieser Punkt auf sich beruhen.

Es genügt indessen, daß der Straßenraub in Bezug auf das zu 1 fl. 20 kr. taxirte Halstuch ob- und subjectiv gegen den Angeschuldigten erwiesen ist, um in Anwendung des §. 67 unseres Strafedikts eine fünfjährige Zuchthausstrafe zu erkennen 2c.

Die Vernehmlassung des Angeschuldigten beschränkte sich auf die Versicherung, daß er unschuldig sei.

Durch oberhofgerichtliches Urtheil vom 6. November 1837 ward der hofgerichtliche Beschluß vom 21. Februar dahin abgeändert: daß Inquisit wegen des ihm angeschuldigten Raubs für klagfrei zu erklären sei.

Entscheidungsgründe.

I. Der objective Thatbestand des Verbrechens des Raubs ist als hergestellt zu erachten; es hat nämlich

1) die Damnificatin M. A. Strößer eidlich ausgesagt: Inculpat habe sie mit den Worten an der Brust gepackt „gib dein Geld her," und auf ihre Antwort, daß sie keines habe, ihr ein unter der Schürze und dem Oberrocke angebundenes Halstuch weggerissen und zu sich gesteckt.

2) Diese Aussage der Beschädigten gilt zwar in Bezug auf die Person des Thäters nach Art. 25, Nr. 6 der P. H. G. O. nur für eine entfernte Anzeige, in Bezug auf die That selbst, und vom Thäter hinweggesehen, kommt ihr aber, in so ferne sie keine Spuren der Unglaubwürdigkeit in sich trägt, und die Beschädigte selber eine unverleumdete Person ist, die Kraft eines halben Beweises zu.

3) Dieser halbe Beweis wird durch folgende Inzichten unterstützt und vervollständigt.

a) Durch die Aussage des Friedrich Oettinger und seiner Tochter, daß sie die Beraubte hätten schreien hören, daß dieselbe weinend zu ihnen gekommen sei und daß sie auch in der Ferne den Inculpaten gesehn hätten;

b) durch das Auffinden des fraglichen Halstuchs, welches in der Nähe des Platzes, wo vorgenannte Zeugen die Beschädigte, und in einiger Entfernung von ihr den Inculpaten sahen, versteckt war, und daselbst von dem Polizeidiener aus Neckarzimmern entdeckt wurde.

Hierdurch ist die Hinwegnahme einer fremden Sache nach vorhergegangenem persönlichem Angriff des Besitzers mittelst an diesem verübter körperlicher Gewaltthätigkeit, folglich der objective Thatbestand des Verbrechens des Raubs als vollständig erwiesen zu erachten.

Dem steht auch

4) abgesehen von der Streitfrage über die Zulässigkeit des Indicienbeweises, welcher in der Praxis zur Herstellung des objectiven Thatbestandes eines Verbrechens allgemein für zulässig erachtet wird — die Rechtsmeinung nicht entgegen, daß bei dem Verbrechen des Raubs der ob- und subjective Thatbestand coincidire; denn dieß ist nur bei solchen Verbrechen der Fall, welche keine sinnlich erkennbaren Wirkungen zurückgelassen haben, und wenn schon beim Raube, welcher gewöhnlich an einzelnen Personen verübt wird, die Wahrscheinlichkeit oder Gewißheit des Verbrechers häufig auf denselben Gründen beruhen mag, wie die Wahrscheinlichkeit oder Gewißheit des Verbrechens, so ist dieses doch nicht immer nothwendig der Fall.

II. Dagegen ist der Beweis des subjectiven Thatbestandes dieses Verbrechens nicht als vollständig geführt anzusehen; denn

1) die Bezüchtigung durch die Beschädigte bildet hier nach dem Obigen nur eine entfernte Inzicht;

2) die Anwesenheit des Inculpaten an dem Orte, wo die M. A. Strößer beraubt worden seyn will und wo später das Halstuch gefunden wurde, begründet gleichfalls nur eine entfernte Anzeige.

3) Das vor dem Bürgermeister abgelegte Geständniß des Inculpaten ist

a) nicht als ein gerichtliches zu erachten, weil darunter im Criminalprozesse nur ein solches verstanden wird, welches vor dem competenten Untersuchungsrichter abgelegt wurde;

b) als außergerichtliches hat dasselbe nach Art. 30 der P. H. G. O. nur die Kraft einer nahen Anzeige oder eines halben Beweises, wenn es den sonstigen zur Gültigkeit eines Geständnisses im Criminalprozeß gehörigen Erfordernissen entspricht. Allein es ist auch dieses nicht der Fall; denn

α) dasselbe ist kein unumwundenes Geständniß. Inculpat hatte bei dem Bürgermeister angegeben, er habe die Strößer für die ihm bekannte Tochter des Groskinsky vom Hardhof gehalten, und ihr nur im Spaße ihr Geld abgefordert. Abgesehen nun von der Streitfrage über die Trennbarkeit oder Untrennbarkeit eines qualificirten Geständnisses im Criminalprozesse, muß doch wenigstens aus einem jeden Geständnisse, welches als Beweis einer Missethat gegen einen Angeschuldigten gelten soll, dessen Absicht hervorgehen, eine strafbare Handlung eingestehen zu wollen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn vom Inculpaten behauptet wird, er habe mit der Strößer blos seinen Spaß getrieben.

β) Das vor dem Bürgermeister abgelegte Geständniß umfaßt aber auch nicht alle die Thatsachen, welche zum Thatbestande eines Raubs erforderlich sind. Weder der Bürgermeister noch der dabei gegenwärtig gewesene Polizeidiener wollen nämlich vernommen haben, daß Rauh auch eingestanden, er habe der Strößer das Halstuch weggerissen oder abgenommen, ja nicht einmal, daß er sie angepackt oder bedroht habe. Es fehlt somit an zwei wesentlichen Momenten zur Vollendung eines Raubs, an der Gewaltthätigkeit und an der Hinwegnahme einer fremden Sache aus dem Gewahrsam der Besitzerin.

4) Kann nun diesem zufolge dem außergerichtlichen Geständnisse des Inculpaten auch nur die Kraft einer entfernten Anzeige beigelegt werden, so stehen alle seither erwähnten entfernten Anzeigen nicht in so wesentlichem Causalzusammenhange, daß vernünftigerweise nichts anderes anzunehmen wäre, als daß Rauh den ihm angeschuldigten Raub versucht und vollendet habe.

5) Dieselben werden aber auch noch durch die Gegenanzeige des guten Leumuths des Inculpaten geschwächt und ist deßhalb auch nicht auf einen Sicherheitsverhaft nach §. 10 des Strafedikts gegen denselben zu erkennen.

Da jedoch nach Obigem der objective Thatbestand des fraglichen Verbrechens für hergestellt, der Beweis des subjectiven Thatbestandes aber nicht als vollständig geführt anzunehmen ist, so mußte Inculpat des angeschuldigten Raubs für klagfrei erklärt, beziehungsweise das hofgerichtliche Erkenntniß hiernach abgeändert werden. Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 13. Karlsruhe den 31. März 1838.

I.

Die Löschung der Unterpfänder und die darüber auszustellenden Zeugnisse nach geschehener Capitalzurückzahlung betreffend.

Von einem Kapitalienverwalter wurde in folgendem Betreff eine Frage an mich gestellt:

Wenn ein Schuldner ein Kapital aufnimmt und Liegenschaften zum Unterpfand gibt, auf welchen schon ein — mit dem neuen Darlehen abzutragendes Kapital haftet — dieses Kapital auch wirklich mit dem neu aufgenommenen Gelde abbezahlt wird, der Beweis über die Abzahlung wird auch der Pfandschreiberei in gehöriger Form (L.R.S. 2157) vorgelegt, worauf die Ausstreichung in dem Pfandbuch erfolgt, die Pfandschreiberei stellt das verlangte Attestat, welches sich der neue Darleiher zu seiner Sicherheit bedungen hat, über die geschehene Löschung aus; dann frage es sich:

wer das Attestat über die in dem Pfandbuch geschehene Löschung der alten Pfandschuld auszustellen habe, ob der Bürgermeister und Rathschreiber allein, wie es gewöhnlich geschieht, oder der gesammte Gemeinderath?

In Frankreich (neuestes Vaterland unseres Landrechts) ist der Hypothekenbewahrer (Conservateur des hypothèques) eine einzelne Person, welche auch die Löschung der Hypotheken besorgt; bei uns ist der Hypothekenbewahrer der Gemeinderath des Orts, unter dem Namen Pfandschreiberei (der Ausdruck „Pfandgericht" ist unrichtig). Unter der Benennung Gemeinderath ist der Bürgermeister, die Gemeinderathsglieder und der Rathschreiber als Actuar verstanden (s. Regierungsblatt 1835, Nr. 53 §. 1); wenn daher eine Hypothek (liegenschaftliches Pfand für eine Schuld) bestellt oder erlangt werden will, dann geschieht auf Begehren oder auf gestellte Bedingung des Gläubigers der Eintrag in das Hypotheken- oder Unterpfandsbuch, und zwar durch die Pfandschreiberei (Gemeinderath). Ist diese Einschreibung geschehen, dann muß bei uns, um ein bedungenes Unterpfandsrecht zu erlangen, die Ausfertigung der Pfandurkunde durch das Amtsrevisorat hinzukommen.

In Frankreich wird zuerst das Original der Schuldurkunde *) (minute) bei dem Notar aufgenommen, darauf wird die Ausfertigung derselben (grosse) von dem Darleiher, dem Hypothekenbewahrer des Arrondissements präsentirt (im Fall es von dem Schuldner vor der Kapitalauszahlung nicht selbst besorgt wurde), worauf der Hypothekenbewahrer sie in das Hypothekenbuch einträgt, und darüber einen Schein ausstellt. Eben so wird es mit der Löschung in dem Hypothekenbuch, wenn die Schuld abgetragen ist, gehalten, nämlich der Schuldner, oder derjenige, dem am meisten an der Löschung gelegen ist, muß eine Urkunde von dem Notar beibringen, daß der Gläubiger die Ausstreichung bewillige.

So wie die Einschreibung in das Hypothekenbuch nur auf Vorlegung einer Notariatsurkunde nebst zwei Auszügen daraus, deren Inhalt der L.R.S. 2148 angibt, geschieht, so geschieht auch die Löschung nur auf eine solche Urkunde, welche der Hypothekenbewahrer, eben so wie einen der gedachten Auszüge, zu seiner Legitimation in Handen behält. Wenn auch der Gläubiger in Person bei dem Hypothekenbewahrer erschien und die Löschung begehrte, so kann es schon deßwegen nicht geschehen, weil die Gesetzgebung

---

*) Nicht eigentlich die Schuldurkunde, sondern die Pfandurkunde ist hier gemeint, nämlich diejenige Urkunde, durch welche der Schuldner dem Gläubiger das Pfandrecht bewilligt, ohne Unterschied, ob die nämliche Urkunde zugleich über die Schuld selbst errichtet werde, oder ob die Schuld schon vorhanden sei und es sich nur um eine Pfandbewilligung für eine bereits bestehende Schuld handle.

Der Unterschied zwischen der badischen und französischen Gesetzgebung besteht in dieser Beziehung nur darin, daß nach der letztern die Staatsschreibereiurkunde, welche nach L.R.S. 2127 zu Konstituirung eines bedungenen Pfandrechts erfordert wird, schon gefertigt seyn muß, ehe der Eintrag erfolgt (S. 2148), wogegen bei uns nach dem zweiten Einführungsedikt der Eintrag fürsorglich vorausgeht, ehe die Staatsschreibereiurkunde gefertigt wird. D. R.

(L.R.S. 2150, 2158) eine öffentliche Urkunde sowohl zur Einschreibung als zur Löschung *) verlangt.

Nun sagt der Satz unseres Landrechts 2196, 2199: die Pfandschreiber dürfen verlangte Zeugnisse denjenigen, die als handelnde Personen auftreten, nicht abschlagen. Derjenige, dem die Auflage gemacht ist, für die Abtragung eines älteren Kapitals mit dem — auf das nämliche Pfand gegebenen neuen Darlehen zu sorgen, oder wenn ein älteres Kapital mit seinem dargeliehenen Geld, durch ein Ortsgerichtsglied, wie es die Pfandschreibereiinstruction von 1822 §. 13 vorschreibt, abgetragen werden soll, ist doch bestimmt interessirt, ob auch die Abzahlung des älteren Kapitals wirklich geschehen sei, weil davon die Sicherheit für seine Forderung abhängt. Gewißheit der geschehenen Löschung kann ihm nur ein Löschungsattestat, von der competenten Behörde ausgestellt, geben. Die Pfandschreiberei hat die Löschung der abbezahlten Kapitalien zu besorgen, das Attestat, daß die Löschung wirklich geschehen ist, kann demnach auch nur die Pfandschreiberei ausstellen. Der Gemeinderath bildet die Pfandschreiberei, mithin muß jedes Pfandschreibereizeugniß von dem Gemeinderath ausgehen. Ein Gemeinderath besteht aber je nach Größe des Orts aus 4 bis 12 Personen, mithin müssen Pfandschreibereizeugnisse je von 4 bis 12 Personen unterzeichnet seyn, wenn sie für vollständig gelten sollen. Die vollständige Unterschrift aller Gemeinderathsglieder ist besonders für den Fall ersprießlich, wenn wegen Versehen eine Regreßforderung gemacht werden will, weil nur diejenigen zu haften haben, welche den Act unterzeichneten, es haftet nicht Einer für den Andern. Hat der ganze Gemeinderath unterzeichnet, der z. B. aus 6 Personen besteht, und es geschieht ein Fehler, weßhalb die Pfandschreiberei (Gemeinderath) den Schaden ersetzen muß, und ein Glied der Pfandschreiberei ist indessen insolvent geworden, dann ist der Verlust doch nur ein Sechstheil. Wird die Pfandschreiberei (Gemeinderath) zu einer Entschädigungszahlung verurtheilt, dann hat der Rathschreiber, ohnerachtet er als Actuar zu dem Gemeinderath gehört, nur dann mitzuzahlen, wenn er durch besonderen Vertrag einen Theil der Haftbarkeit übernommen hat. (Ministerium des Innern vom 25. Januar 1833, Nr. 633. Karlsruher Anzeigeblatt 1833, Nr. 15.) In den Fällen, wo also ein Löschungsattestat vom Bürgermeister und Rathschreiber allein ausgestellt wird, und man ist in dem Fall, eine Regreßklage zu formiren, dann kann man nur gegen den Bürgermeister allein auftreten, wenn der Rathschreiber keine Haftbarkeit besonders übernommen hätte. Nun ist bekannt, daß die Bürgermeisterwahlen der neuesten Zeit, besonders in Landorten, öfters auf Personen gefallen sind, die für nicht viel haften können, daher ist es um so mehr vorsichtig, Attestate gedachter Art von keiner einzelnen Person anzunehmen **).

Rheinländer.

II.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über die Zurücknahmen von Pensionen. Unter Beziehung auf die Annalen vom Jahr 1833, Seite 388, und 1834, Seite 42. 1835, Seite 1, 63.

Es sind seit Entscheidung der in obigen Rechtsfällen vorgekommenen Pensionsreductionen bei hiesigem Hofgericht wieder mannigfache gleiche Prozesse anhängig geworden, welche denn alle anders, als wie die obigen, und insbesondere dahin entschieden wurden, daß die von der Regierung vorgenommenen Reductionen früherer Pensionen aufrecht erhalten worden sind; erst neulich klagte ein Förster, dem im Jahr 1826 durch Kabinetsrescript eine Pension von 900 fl. verwilligt war, obschon er nur 800 fl. Besoldung

*) In Bezug auf die Löschung bestimmt unser Gesetz nichts anderes, als das französische, denn den Satz 2158 haben wir gleichlautend mit dem französischen, und er ist durch das zweite Einführungsedikt nicht abgeändert. Nur durch die eigene Vorschrift des Satzes 2158 wird es übrigens bei uns zu rechtfertigen gesucht, daß da, wo der Gläubiger selbst erscheint, um die Ausstreichung zu erwirken, keine Staatsschreibereiurkunde gefordert wird.

Das Pfandgericht ist nämlich selbst eine öffentliche Behörde, welche das Pfandbuch zu führen hat. Nun sagt man: wenn dasselbe über die Erklärung des Gläubigers, daß er die Ausstreichung bewillige, ein Protokoll aufnimmt, so ist dies eben eine öffentliche Urkunde, welche genügt, um darauf hin nach Satz 2158 die Ausstreichung wirklich vorzunehmen. D. R.

**) Im Allgemeinen werden die Ausfertigungen des Gemeinderaths, der das Pfandgericht bildet, nach §. 41 und 46 der Gemeindeordnung nur vom Bürgermeister und Rathschreiber unterschrieben. Ein vom Bürgermeister und Rathschreiber unterschriebener pfandgerichtlicher Löschungsschein ist also an sich eben so gültig und glaubwürdig, wie wenn er von sämmtlichen Mitgliedern des Pfandgerichts unterschrieben wäre. Auch insofern es sich um die Haftbarkeit der einzelnen Pfandgerichtsmitglieder handelt, kann zwischen denjenigen, welche die Ausfertigung unterschrieben haben, und den übrigen Mitgliedern, welche zu dem Beschlusse mitwirkten, kein Unterschied gemacht werden. Auch die in der Ausfertigung nicht Unterschriebenen sind hier, wie bei andern Kollegien, mit den Andern verantwortlich, wenn sie nach Ausweis des Sitzungsprotokolls zu dem Beschlusse mitwirkten.

Da jedoch die Gemeinderathsprotokolle, besonders in Landgemeinden, selten ordentlich geführt werden, man also mit dem Beweis darüber, wer zur Löschung mitwirkte, leicht in Verlegenheit kommen könnte, so wird allerdings die Vorsicht erfordern, daß man sich von allen Pfandgerichtsmitgliedern unterschriebene Löschungsscheine ausstellen läßt. D. R.

hatte, auf Fortentrichtung seiner um 100 fl. reducirten Pension, ward aber damit abgewiesen, und zwar unter folgenden Entscheidungsgründen.

Wenn man auch den Kläger als Staatsdiener ansehen will, so folgt daraus nur um so gewisser, das er alsdann seine Pension nur nach den Bestimmungen des Dienerdicts in Anspruch nehmen kann. Nun war aber seine Besoldung nur zu 800 fl. angeschlagen, und nach §. 9, Nr. 1 des Dienerdikts kann er nur bei Regulirung seiner Pension den Anschlag der Besoldung zu Grunde gelegt verlangen, er bezieht aber gegenwärtig diese 800 fl. als Pension, und kann mehr nicht verlangen. Wenn er auch im Jahr 1826 durch ein Kabinetsrescript des vorigen Regenten mit einer Pension von 900 fl. in Ruhestand versetzt worden ist, so hatte er nach den unzweifelhaften Vorschriften des Dienerdikts, insbesondere des §. 6, doch im günstigsten Fall keinen rechtlichen Anspruch auf Pension über seinen nach §. 9 zu berechnenden Gehalt hinaus. Jedem rechtlichen Anspruch steht aber eine gleiche rechtliche Verpflichtung gegenüber, und wenn also der Staatsdiener keinen größern rechtlich begründeten, also vor dem Richter geltend zu machenden Anspruch auf Pension als seinen vollen Gehalt, oder 4000 fl. besitzt, so liegt auch dem Staat, als dem andern Vertragstheil, keine größere rechtliche, also vor Gericht geltend zu machende Verbindlichkeit ob, als diesen Gehalt als Pension zu bezahlen. Hat nun zwar Kläger im Jahr 1826 eine größere Pension, als sein Gehalt selbst war, angewiesen bekommen, so ist diese Ueberschreitung des gesetzmäßigen Ruhegehalts, wie insbesondere aus der Zusammenstellung des §. 6 und 9 des Dienerdikts sich ergibt, nicht geeignet, einen rechtlichen Anspruch zu begründen, als welcher allein im Gesetze und in dessen Anwendung sein Fundament finden kann, sondern dies war eine reine Gnadensache des frühern Regenten. Dergleichen den rechtlichen, also gesetzlichen Anspruch einer Person übersteigende Gnadenverwilligungen des Regenten in Beziehung auf solche Gegenstände, welche durch verfassungsmäßige Gesetze regulirt sind, müssen aber ihrer Natur nach als schlechthin widerruflich betrachtet werden, und da nun Kläger eine besondere Unwiderruflichkeit seiner ihm über seinen Gehalt hinaus verwilligten Pension nicht behauptet hat, solche auch aus dem Kabinetsrescript vom Jahr 1826 nicht hervorgeht, so ist an der Herabsetzung seiner Pension, beziehungsweise ihrem Widerruf recht geschehen. Aus der mehrjährigen Bezahlung seiner Pension mit 900 fl. kann er aber einen rechtlichen Anspruch auf die Fortdauer nicht folgern, denn diese Bezahlung war eben der Vollzug der ihm ertheilten Gnadenbewilligung, solche war widerruflich, und diese Widerruflichkeit kann durch den Vollzug selbst und allein nicht unwiderruflich werden. Die Klage auf Nachzahlung der 100 fl. als Pension ist rechtlich unbegründet, und Kläger unter Verfällung in die Kosten mit derselben abzuweisen.

In diesen Entscheidungsgründen liegt wohl auch die beste Widerlegung des Aufsatzes in den Annalen 1834, Seite 42, wo die Behauptung aufgestellt ist, daß die Regierung lediglich allein und für sich jede Pension auch über den gesetzlichen Betrag hinaus verwilligen, also Pensionen in infinitum anweisen, und solche, einmal angewiesen, nicht mehr zurücknehmen könne. Sonderbar. Wenn man der Regierung das Recht ertheilt, zum Vortheil eines Staatsdieners ganz ohne Rücksicht auf das Dieneredict zu verfahren, und z. B. einem Registrator eine Pension von 6000 fl. anzuweisen, so muß man dieses Recht wohl in der gänzlichen Ungebundenheit und Unbeschränktheit der Regierung von dem Gesetze begründen, in dem Satz des Absolutismus, nam quae libent facere, id est regem esse. Allein woraus will man denn die Gebundenheit der Regierung an ihre in ihrem absoluten, unbeschränkten, einseitigen Willen vorgenommenen Maßregeln beweisen, woraus will man den rechtlichen, vor dem Richter zu verfolgenden Anspruch an die ungeschmälerte Fortdauer einer solchen einseitigen Maßregel der Regierung begründen? Etwa aus der Analogie des Dienerdikts? Aber das wäre eine sonderbare Auslegung des Gesetzes, wo man argumentiren wollte, daß, weil das Gesetz sage, daß über seine Bestimmungen hinaus kein rechtlicher Anspruch auf Pension existire, nun doch eine außerhalb dieses Gesetzes liegende Pensionsverwilligung einen rechtlichen Anspruch begründe. Aus der Natur der Sache? Aber ist dies wirklich die Natur der Sache, daß zwar die Regierung an ein doch auch von ihr erlassenes Gesetz nicht gebunden seie, daß ihre einseitige Willensverfügungen wegen ihrer Unbeschränktheit auch in ihrer Ausdehnung gegen ein Gesetz zuzulassen, aus solchen einseitigen Willensverfügungen aber alsdann unwiderrufliche Rechte und rechtliche Ansprüche erfolgten? Eine solche über das Gesetz hinaus gehende Pensionsverwilligung schöpft ihren Grund nicht aus dem Gesetz, sondern aus der absoluten Souveränität des Fürsten, und wo besteht nun das Gesetz bei uns, daß solche absolut unbeschränkte Souveränitätshandlungen, aus dem Verwaltungsrecht abfließende Regierungshandlungen, wie sie der Aufsatz von 1834 nennt, ein vollkommenes Recht, einen vor dem Richter in alle Zeit hinaus geltend zu machenden Anspruch begründen? Sollte man nicht eher glauben, daß wenn die Regierung nicht an ihre selbst erlassenen Gesetze gebunden seie, sie noch weniger an ihre einseitigen Willensäußerungen gebunden werden könne? Man sieht zwar im Aufsatz vom Jahr 1834 bedenkliche Folgen für die Regierung, wenn man die Unwiderruflichkeit solcher über das Dieneredict hinaus er-

theilten Pensionen nicht annimmt. Wer möchte noch mit der Regierung kontrahiren, oder auf ihre Zusicherungen bauen, wenn zum Widerruf solcher Pensionen nichts erforderlich wäre, als die einseitige Zurücknahme der Pension durch die Regierung, veranlaßt durch eine Reklamation der Stände, wird dorten gefragt. Aber wahrlich ich bezweifle, ob auf dem in jenem Aufsatz eingeschlagenen Weg das Vertrauen gegen die Zusicherungen der Regierung erhöht und gepflegt wird, wo man ihr vor Allem das Recht ertheilt, sich an die Gesetze nicht gebunden zu halten, und wo man einseitige Willkührhandlungen gegen das Gesetz als zu Recht bestehend anerkennt. Ist denn die Verfügung der Regierung gegen ein Gesetz nicht auch eine einseitige Zurücknahme des Gesetzes, und wird das Vertrauen in die Regierung nicht mehr erschüttert, wenn die Gerichte solche einseitige Zurücknahmen aufrecht erhalten, als wenn sie, wie hier geschehen ist, aussprechen, daß auch die Regierung nicht auf eine rechtsgültige Weise über das Gesetz hinausgehen könne, und wenn solcher Ausspruch mit dem Bestreben der Regierung, nunmehr auf das Gesetz zurückzukommen, zusammentrifft, wenn man der Stimme der Stände um Aufrechthaltung des Gesetzes Gehör gegeben hat, wenn das Gericht, bestehend aus Staatsbeamten, anerkennt, daß das Dieneredict nicht nur dazu da ist, um das Minimum des rechtlichen Anspruchs des Staatsdieners zu bestimmen, sondern auch das Maximum, und daß über das Gesetz hinaus auf keine Weise ein rechtlicher Anspruch begründet werden kann, so wird Niemand in dem Vertrauen auf die Regierung und die Gerichte wankend werden, Niemand wird eine Rechtsunsicherheit erblicken, sondern Jedermann wird ein desto größeres Vertrauen auf Recht und Gesetz erhalten, als er sieht, daß das Gesetz von der Regierung auch dazu anerkannt wird, daß es sie bindet, und als er erblickt, daß die Staatsbeamten die Gesetze nicht nur dahin verstehen, daß sie zu ihrem Besten ein Minimum bestimmen, sondern daß sie auch ein Maximum gegen sie enthalten. Das ist eben das Verwerfliche, daß man behaupten will, das Dieneredict seie nur dazu da, um eigentlich zu bestimmen, was die Regierung dem Staatsbeamten geben müsse, aber nicht dazu, um auch festzusetzen, wie weit sein Recht gehe. Man will diese Rechte dahin ausdehnen, daß jede über das Dieneredict hinaus gehende Regierungsmaaßregel Recht seie und bleibe, übersieht aber, daß die in der Unbeschränktheit der Regierung liegenden Verfügungen eben wegen ihrer Unbeschränktheit durch ein Gesetz keinen rechtlichen Anspruch begründen können, und daß für den einseitigen Widerruf der einseitig gegen ein Gesetz ertheilten Gnade der alte Rechtssatz spricht, — nihil tam naturale est, quam quidquid eodem modo dissolvere quo colligatum est. Sander.

III.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über Zurückschiebung eines Eides. Zur Erläuterung des §. 584 der Prozeßordnung, und L.R.S. 1362.

Ein Erbe schob dem Beklagten den Eid über den Bestand eines mit seinem Erblasser geschlossenen Vertrags zu, worauf dieser ihm den Eid über sein Nichtwissen dieses Vertrags zurückschob. Diese Zurückschiebung hielt man nach §. 584 der Prozeßordnung und nach L.R. S. 1362 für unzuläßig, denn obschon nach §. 574 der Prozeßordnung die Eideszuschiebung über Handlungen des Rechtsvorfahrers und über deren Nichtwissen schlechthin zuläßig ist, so wird denn doch das in sich selbstständige Recht der Zurückschiebung des Eides im §. 584 und S. 1362 an die Gemeinschaftlichkeit der Handlung, welche den Gegenstand des Eides ausmacht, gebunden, und dieser Zurückschiebung nicht Raum gegeben, wenn die im Eid enthaltene Handlung eine alleinige, oder wie der Satz 1362 im Urtext sagt, eine rein persönliche — purement personnel — dessen ist, dem er zugeschoben wurde. Hier nun ist die im Eid enthaltene Handlung keine gemeinschaftliche des klagenden Erben und des Beklagten, sondern eine alleinige, rein persönliche des Beklagten, und da fällt die Zurückschiebung mit Recht deßhalb weg, weil im Eid des Beklagten — de veritate — mehr Sicherheit liegt, als in dem Eid des Erben — de ignorantia. — Ueberdies hat auch der §. 7 der Eidesordnung ausdrücklich die Zurückschiebung des Eides in einem solchen Fall verboten, und es steht nichts im Wege, diese Vorschrift, welche mit dem Inhalt des §. 584 und Satz 1362 zusammentrifft, aufrecht zu erhalten.

Sander.

Anmerkung der Redaktion. — Daß hier die Zurückschiebung des Eides unzuläßig war, dürfte nach §. 584 der Prozeßordnung keinem Zweifel unterliegen. Eine andere Frage wäre dagegen, ob die Eideszurückschiebung auch dann unzuläßig wäre, wenn umgekehrt die Handlung in Bezug auf denjenigen, der den Eid zuschob, eine eigene, dagegen in Bezug auf denjenigen, dem er zugeschoben wurde, und der ihn nun zurückschieben will, eine fremde ist, wenn also der Zurückschiebende nur den Nichtwissenseid, der Gegner aber den Wahrheitseid schwören könnte?

Auch in diesem Falle ist die Thatsache, welche der Eid betrifft, nicht beiden Theilen gemeinschaftlich, woraus man schließen könnte, daß nach §. 584 die Zurückschiebung des Eides, der als Nichtwissenseid zugeschoben wurde, nicht Statt finde. Allein es trifft die weitere Voraussetzung nicht ein, durch welche der §. 584 die Unstatthaftigkeit der Zurückschiebung bedingt, es handelt sich nämlich nicht um eine

„alleinige Handlung dessen, dem der Eid zugeschoben wurde."

Auch der Grund des Gesetzes schlägt hier nicht an. Wer über die Wahrheit einer Thatsache schwören kann, soll den Eid demjenigen, der nur ein Nichtwissen beschwören könnte, nicht zurückschieben, da der Eid des Erstern eher zur Kenntniß des Wahren führt, als der des Letztern. Dies kann man aber in jenem Falle nicht sagen, wo derjenige, der den Eid zurückschieben will, nur den Nichtwissenseid, und der, dem er zurückgeschoben wird, den Wahrheitseid schwören kann.

Aus den Worten des §. 591 der Prozeßordnung geht überdies hervor, daß eine Zurückschiebung der letztern Art zuläßig ist, indem darin der Fall ausgedrückt ist, wo derjenige, der in Folge einer ihm geschehenen Eideszuschiebung das Nichtwissen des Beweissatzes beschwören soll, vom Gegner verlangen kann, daß er selbst die Wahrheit desselben beschwöre.

D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 14. Karlsruhe den 7. April 1838.

I.

Hofgericht Rastatt.

Obervogt Waldschütz gegen die gräflich von Langensteinsche Kuratel. Besoldungs-, resp. Pensionsforderung betreffend.

In rubrizirter Prozeßsache, welche bereits in diesen Annalen Nr. 43, Seite 254 bis 258 des Jahrgangs 1837 eine Erörterung fand, erließ großherzogliches Hofgericht dahier am 15 November d. J. folgendes

Urtheil:

Es seie der Bescheid des Stadtamts Karlsruhe d. d. 13. Dezember 1836, besagend:

„daß der Kläger mit seiner Klage abzuweisen und in die Kosten zu verfällen ist" —

dahin abzuändern:

„die beklagte gräflich von Langensteinsche Kuratel sei schuldig und verbunden, dem Kläger die volle Besoldung mit 2677 fl. 20 kr. per Jahr vom 23. April 1827 an — in so weit er solche inzwischen nicht bereits empfangen — nebst Verzugszinsen vom Besoldungsrückstande à 5% vom 14. Mai 1832, binnen vier Wochen zu bezahlen, und diese nämliche volle Besoldung an den Kläger, so lange er lebt, in Quartalraten fortzuentrichten, unter Verfällung der Beklagten, Appellatin, in die Kosten beider Instanzen." —

Entscheidungsgründe.

Die Aburtheilung vorwürfigen Rechtsstreits läßt sich nach Actenlage auf die Erörterung folgender Fragen zurückführen:

I. Ist die beklagte Grundherrschaft zur Entrichtung der ganzen Besoldung des Klägers für die Vergangenheit und Zukunft verpflichtet?

II. Ist die Größe der klägerischen Besoldungsansprache im Gesammtbetrage per Jahr ad 2677 fl. 20 kr. bewiesen oder wenigstens bescheinigt?

III. Hat Kläger diese Besoldung ganz in Geld, oder theils in Geld, theils in Naturalien zu fordern?

IV. Finden Verzugszinsen Statt, und von welcher Zeit an? —

Zu I. Kraft des Reichsdeputationshauptschlusses d. d. Regensburg 25. Februar 1803, §. 5, 31, erhielt der Kurfürst (Carl Friedrich) von Baden die Abtei Salmannsweiler als Entschädigungsland, überließ jedoch bereits laut Entschließung in dem ersten Organisationsedicte vom 4. Februar 1803, Art. I. a. E. — vorbehaltlich der Oberhoheitsrechte — dies säkularisirte Abteigebiet, wozu die Herrschaft Münchhöf gehörte, als Grafschaft, entschädigungsweise, seinen beiden nachgebornen Herren Söhnen (das ist den Prinzen Friedrich und Ludwig) in deren Dienst der schon am 28. Wintermonat 1792 von dem Reichsabte Robert zu Salmannsweiler als Justiz-, Polizei- und Cameralbeamter angestellte Obervogt Waldschütz zu Münchhöf gleichzeitig übergieng, auch in deren und ihrer Rechtsnachfolger (nämlich der verwittweten Frau Markgräfin Friedrich, sodann des Großherzogs Ludwig K. H.) Dienste derselbe bis zu seiner unterm 23. März 1827 erfolgten Pensionirung ausschließlich activ verblieb, und seine Besoldung von der Dienstherrschaft bis zum 23. April 1827 jeweils bezog.

Obervogt Waldschütz, welchem hierauf die Fortentrichtung der ganzen Besoldung von der Gutsherrschaft verweigert wurde, fordert dieselbe nunmehr klagend gegen die gräflich von Langensteinsche Curatel aus dem doppelten Grunde, weil seine Besoldung in Folge des Reichsdeputationshauptschlusses de 1803 auf die Gutsherrschaft Münchhöf, in deren Besitze und Eigenthume sich die Beklagte als Erbin des verewigten Großherzogs Ludwig befinde, radicirt sei, und weil ihm überdieß die Rechtsvorfahren der Beklagten die Belassung der ganzen Besoldung wiederholt versprochen hätten. — Durch den allegirten Reichsdeputationshauptschluß §. 59, welcher namentlich den Zweck hatte, die Dienst-, Besoldungs- und Pensionsverhältnisse der Diener säkularisirter Fürsten fest-

zustellen und zu garantiren, wurde der sämmtlichen Hof-, geistlichen und weltlichen Dienerschaft der bisherigen geistlichen Regenten, in so ferne der abgehende Regent solche nicht in seinen persönlichen Diensten behält, der unabgekürzte, lebenslängliche Fortgenuß ihres bisherigen Rangs, ganzen Gehalts und rechtmäßiger Emolumente, oder wo diese wegfallen, eine dafür zu regulirende Vergütung unter der Bedingniß ausdrücklich belassen, daß sich dieselben dafür nach Gutfinden des neuen Landesherrn und nach Maßgabe ihrer Talente und Kenntnisse auch an einem andern Orte und in andern Dienstverhältnissen gebrauchen und anstellen lassen müssen, und zugleich der 24. August 1802 als Normaltag des Besoldungs- und Pensionsstatus festgesetzt (cf. deutsche Bundesacte §. 15).

Diese Bestimmungen sind hier maßgebend; denn unzweifelhaft gehört Kläger in die Kategorie jener Diener, deren geistlicher Regent säkularisirt wurde, ohne solche in seinem persönlichen Dienste zu behalten, und daher als mit voller Besoldung übernommene Diener in den Dienst ihres neuen Herrn traten, was auch Beklagterseits zugestanden worden. Dieser neue Dienstherr war aber nicht der Kurfürst von Baden, sondern es waren dieß mit Genehmigung — nach Gutfinden — des neuen Landesherrn, Höchstdessen Prinzen Friedrich und Ludwig, auf welch letztere sohin auch die Verbindlichkeit übergieng, den von ihnen übernommenenen Diener reichsschlußmäßig zu salariren, und seiner Zeit zu pensioniren.

Der Anwalt der Beklagten behauptet zwar, daß durch gedachten Reichsschluß lediglich nur für den neuen Landesherrn, und nicht für die neuen Besitzer der säkularisirten Herrschaft Münchhöf die prinzipale Verpflichtung zur Fortentrichtung der ganzen Besoldung an den Kläger erwachsen sei. — Allein dem ist nicht so. — In §. 47 des Reichsdeputationshauptschlusses de 1803, welcher die Einleitung zu den Bestimmungen über den künftigen Unterhalt der vormaligen Regenten, Geistlichkeit und Dienerschaft enthält, wurde nämlich kategorisch ausgesprochen, daß die Verhältnisse der aus dem Besitze tretenden Regenten, auch der davon abhängenden Geistlichkeit, so wie ihrer bisherigen Dienerschaft in dem Hof-, Civil- und Militärfache, und die besondern Verbindlichkeiten der entschädigten Fürsten und Stände, welche sich auf den anständigen Unterhalt der genannten Regenten und übrigen Individuen beziehen, (erst) mit dem Eintritte in den wirklichen Genuß der Entschädigungsländer und Gebiete ihren Anfang nehmen, und es hiebei nach der in den folgenden Paragraphen (worunter §. 59 a. a. O.) gegebenen Vorschriften gehalten werden solle. Hieraus ist klar, daß die Verbindlichkeit zur Entrichtung der fraglichen Dienerbesoldungen an den Eintritt des neuen Herrn in den wirklichen Genuß der Entschädigungsländer und Gebiete als conditio sine qua non geknüpft war, hiemit erst rechtlich wirksames Daseyn erhielt

Da nun aber, wie Beklagterseits selbst nicht bestritten, und aus dem landesherrlichen ersten Organisationsedikte de 1803 unzweideutig zu entnehmen ist, das vormalige Abteigebiet Salmannsweiler als Entschädigungsland mit dem hiemit verbundenen Genusse, welcher vermöge des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803, §. 36 und 43, alle Güter, Rechte, Kapitalien und Einkünfte, in so weit nicht ausdrücklich Trennungen stipulirt wurden, in sich faßte, und für die entschädigten Fürsten und Stände, welche vor den Deklarationen der vermittelnden Mächte den Civilbesitz hievon nicht ergriffen, bereits mit dem 1. Dezember 1802, resp. acht Tage vorher begann, — unter landesherrlicher Oberhoheit an die Herrn Markgrafen Friedrich und Ludwig übergegangen ist, auch sofort eine eigene Behörde mit der Bezeichnung „Markgräfliches Obervogteiamt Münchhöf," dann „Markgräfliches Amt Münchhöf," wobei Kläger als Justiz-, Polizei- und Cameralbeamter functionirte, bestanden hat (Anhang zu den 13 Organisationsedikten von 1803, Art. IV., und Beilage III. zum Organisationsedikte von 1809 Art. I. §. 6); — so kann wohl keinem rechtlichen Bedenken unterliegen, daß die Rechtsvorfahren der beklagten Grundherrschaft es waren, und letztere sohin zur Zeit es ist, welcher die Verbindlichkeit oblag, resp. nun obliegt, dem Kläger den unverkürzten lebenslänglichen Fortgenuß seiner ganzen, reichsschlußmäßig festgesetzten Besoldung zu gewähren, und zwar um so mehr, als die Rechtsvorfahren der Beklagten den ihnen überwiesenen Diener ohne Einwand und ohne Vorbehalt in ihren Dienst übernommen haben (L. R. S. 1257 a). —

An diesem Rechtsverhältnisse zwischen Dienstherrschaft und Diener (Schuldner und Gläubiger) haben auch spätere Landesgesetze, namentlich das dritte Constitutionsedikt vom 22. Juni 1807, Regierungsblatt Nr. 29 — die Standesherrlichkeitsverfassung betreffend — und das Edikt vom 14. Mai 1813, Regierungsblatt Nr. 15 — die Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit betreffend — auf welche sich der appellatische Anwalt zur Begründung einer theilweisen Befreiung von der ursprünglichen Besoldungsverbindlichkeit berufen — im Wesentlichen dem Kläger gegenüber nichts geändert.

Fürs erste ergiebt sich schon aus dem Eingange jenes dritten Constitutionsedictes, daß hierin von den künftigen staatsrechtlichen Verhältnissen der durch die rheinische Bundesakte mediatisirten ehemaligen deutschen Reichsfürsten und Grafen, und deren Dienern die Rede ist,

in welche Klasse aber der Kläger als ehevoriger, bereits zufolge Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 übernommener Diener des säkularisirten Abteigebiets Salmannsweiler nicht gehörte.

Ueberdieß hatten nach §. 51 des III. Konstitutionsedikts die zur Justiz- und Polizeiverwaltung bestimmten standesherrlichen Diener ihre Gehalte in der Regel aus den Einkünften zu beziehen, welche den Standesherrn blieben, und konnten dieselben ohne landesherrliche Genehmigung weder suspendirt, noch weniger entlassen werden, und versteht sich der Gehaltsbezug der standesherrlichen Cameraldiener aus der Kasse ihrer Dienstherrschaft von selbst (§. 49 und 50 a. a. O.); — sodann fielen nach §. 52 des angeführten Constitutionsedikts von den bisherigen Activdienern der Standesgebiete blos diejenigen dem Landesherrn ausschließlich zur fernern Besoldung oder Pensionirung zu, welche verfassungsmäßig ihre Gehalte aus Militär- und Schatzungsgefällen bezogen, oder welche allein für die Verwaltung der Souveränitätsrechte und Einkünfte angestellt waren, dagegen verblieben den mediatisirten Standesherrn ausschließlich diejenigen Diener, welche zu ihrem besondern Dienste bestimmt, oder zur Verwaltung der ihnen bleibenden Einkünfte gesetzt, oder als Lokaldiener zur Ausübung der niedern Jurisdiktion und Polizei angestellt waren (cf. §. 23 bis 25, 46 bis 50 und 53). —

Wollte man diese Bestimmungen hier zur Anwendung bringen, so sprächen solche unverkennbar mehr gegen als für die Beklagte. —

In dem Edikte vom 14. Mai 1813 §. 1 wurde zwar im Allgemeinen ausgesprochen, daß vom 1. Juni 1813 an die Verwaltung von aller Obrigkeit in Criminal-, Civil-, Rechts-, Kirchen- und gemeinen Polizei-, auch Regierungssachen mit Vortheil und Lasten an den Staat übergehe, allein hiemit hörte die frühere Besoldungsverbindlichkeit der damaligen Dienstherrschaft des Klägers diesem gegenüber nicht auf, denn nach den speciellen Verfügungen in §. 4 bis 6 a. a. O. gingen nur active reine Justiz- und Polizeibedienstete der Grund- und Standesherren, vorbehaltlich der landesherrlichen nähern Bestimmung über ihre Dienstlage, sogleich mit dem 1. Juni 1813 in die alleinigen Dienste und Pflichten des Landesherrn über, die gemischten, nämlich zugleich zu Renteigeschäften angestellten standes- und grundherrlichen Diener aber blieben ihren frühern Dienstherrn, bis eine Uebereinkunft mit diesen Dienern und deren Dienstherrschaft bestimmt haben wird, welchem Dienste sie künftig allein angehören, und mußten die Strafen, Taxen, Sporteln, so wie die Gerichtsbarkeitslasten, welche in Folge dieser neuen Organisation dem Staate zuwuchsen, innerhalb eines Jahres besonders genau verzeichnet, und nach dessen Ablauf in einem spezificirten Verzeichnisse dem Landesherren vorgelegt werden, um zu ermessen, was in dem Renten-, Pensions- und Schuldentheilungsstande, auch sonst deßfalls zu ändern Recht und Billigkeit fordern möge. —

Eine Uebereinkunft, wornach Kläger in den Staatsdienst getreten, kam nicht zu Stande, sondern verblieb derselbe vielmehr ausschließlich fortan im Dienste der Gutsherrschaft Münchhöf, übergrichte jedoch nach Maßgabe obigen Gesetzes seine Besoldungsfassion mit einer Berechnung von 2677 fl. 20 kr. per Jahr — auf den Grund dieser Fassion erwirkte sofort die Dienstherrschaft des Klägers nach vorgängigen Unterhandlungen mit der großherzoglichen Staatsregierung durch Beschluß des großherzoglichen Finanzministeriums d. d. 18. Juli 1817, Nr. 12037 einen ärarischen Beitrag zur fraglichen Besoldung ihres Beamten und zwar vom 1. Juni 1813 an, jährlich mit 669 fl. 20 kr., traf aber durch Verfügung ihrer Renteiadministration vom 22. Oktober 1817, Nr. 97 die Bestimmung, daß gedachter Staatsbeitrag in der gutsherrlichen Kasse einnähmlich zu verrechnen sei, und daß der Kläger, welcher hievon in Kenntniß gesetzt wurde, für die Folge seine Besoldung wie bisher (d. h. von der Gutsherrschaft) zu beziehen habe, — wie dann auch wirklich geschah. —

Diese Handlungsweise involvirt nun keine Rechtswandlung, wodurch der alte Schuldner (d. i. die Gutsherrschaft) ihrer Besoldungspflichtigkeit, gegenüber dem Kläger, theilweise entledigt, und an ihrer Stelle ein neuer Schuldner (der Staat) angenommen worden, denn eine Absicht der Contrahenten hiezu geht aus dem deßfallsigen Rechtsgeschäfte klar nicht hervor, vielmehr gab die Gutsherrschaft dadurch, daß sie jenen ärarischen Beitrag sich selbst zueignete, deutlich zu erkennen, daß sie solchen als Vergütung für die ihr entzogene Patrimonialgerichtsbarkeit, resp. als deßfallsige Entschädigung für die von ihr fortzuleistende ganze Besoldung ihres Beamten in Anspruch genommen, und sich selbst zugewendet hat, und kann einer angeblichen Ueberweisung, wodurch die Gutsherrschaft ihrem Beamten einen andern einwilligenden Schuldner (den Staat) hinsichtlich der erwähnten Besoldungsquote anweisen will, mit der Wirkung einer Rechtswandlung um so weniger Statt gegeben werden, als der Kläger niemals ausdrücklich erklärte, daß er den überweisenden Schuldner (d. i. seine Dienstherrschaft) von der — letzterer obliegenden — und selbst wiederholt anerkannten Besoldungsverbindlichkeit befreie (L.R.S. 1271, 1273, 1275, 1108 a

und b), noch je auf seine Besoldungsansprache gegenüber seiner Dienstherrschaft verzichtete.

Der Maßstab, welcher hinsichtlich der ärarischen Beitragsquote zu der Besoldung des Klägers zwischen dem großherzoglichen Finanzministerium und der Gutsherrschaft Münchhöf ohne Zuthun ihres Beamten zuerst zu ¼ dann zu ⅓ beliebt worden (Finanzministerialrescripte vom 18. Juli 1817, Nr. 12037, und vom 10. Mai 1828, Nr. 2467) ist ebenfalls nicht geeignet, dem Kläger in der Art zu präjudiciren, daß er sich sofort mit ¼, resp. ⅓ seines Besoldungsanspruchs an die großherzogliche Staatskasse wenden müßte, und blos ¾ resp. ⅔ von seiner Dienstherrschaft fordern dürfte, sondern berührt jene Uebereinkunft nur die staats- und gutsherrlichen Interessen, ohne das Bezugsrecht hinsichtlich der ganzen Besoldung des Klägers, gegenüber seiner Dienstherrschaft, zu alteriren, was auch letztere nach Abschluß der besagten Uebereinkunft von 1817 selbst urkundlich zugestand und factisch gewährte. —

Hiezu kommt ferner, daß der verewigte Großherzog Ludwig K. H., als Inhaber der Herrschaft Münchhöf, dem Kläger bei dessen Pensionirung am 23. März 1827 die Fortbelassung der ganzen Besoldung abermals urkundlich zusicherte, weßhalb denn nun auch die Beklagte, als unmittelbare Rechtsnachfolgerin, dieselbe Verbindlichkeit zu erfüllen hat (L. R. S. 873, 877). —

Aus der bisherigen Erörterung erhellt nun sattsam, daß obige Frage sub I. zu bejahen ist, in so weit nämlich Kläger seine volle Besoldung inzwischen nicht bereits empfangen hat.

Zu II. Die beklagte Grundherrschaft bestreitet theils das Bezugsrecht hinsichtlich einzelner Bestandtheile der klägerischen Besoldung, theils deren Geldwerthanschlag, im Gesammtbetrage per Jahr zu 2677 fl. 20 kr. und will letztern blos in der von großherzoglichem Finanzministerium durch Erlaß d. d. 10. Mai 1828, Nr. 2476 regulirten Summe ad 2004 fl. 47 kr. anerkennen, — jedoch gewiß mit Unrecht.

Laut Entschließung der großherzoglichen Ministerialconferenz vom 9. November 1810, Nr. 785, verkündet im Regierungsblatt von 1810, Nr. 48, genügt bei Klagen über rückständige oder fortzubezahlende Besoldungen oder Pensionen von Staatsdienern aus den durch den Reichsdeputationsrezeß von 1803 erhaltenen Landen, wenn solche auf diesen Abschluß gegründet werden, die Bescheinigung, daß jene Diener nach Maßgabe des §. 59 des gedachten Rezesses am 24. August 1802, als dem Normaltage, im Besitze sich befunden haben, und nach §. 19 des Staatsdieneredikts vom 30. Jänner 1819, Regierungsblatt Nr. 4, darf die Pension oder der Ruhegehalt der vermöge des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 oder besonderer Staatsverträge übernommenen Diener durch die Anwendung des gesetzlichen Tarifs auf ihren ganzen Gehalt nicht unter den Betrag derjenigen Besoldung fallen, in deren Besitze dieselben am Normaltage (24. August 1802) sich befanden, oder womit sie beziehungsweise übernommen wurden.

Faßt man nun hienach analog vorwürfigen Fall ins Auge, so dringt sich zuvörderst die Bemerkung auf, daß die Reduction der klägerischen Besoldung, wie solche im Jahr 1828 durch großherzogliches Finanzministerium geschah, dem Kläger, gegenüber seiner Dienstherrschaft, in dem vorliegenden Rechtsstreite nicht zum Nachtheil gereichen kann, denn die ehevorige Dienstherrschaft, welche doch wohl wissen konnte, und wissen mußte, wie hoch und in welcher Weise ihr zufolge des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803, resp. des ersten Organisationsedikts von 1803 übernommener Diener salarirt war, hat die von dem Kläger vorgelegte Besoldungsfassion, worin die Besoldungstheile mit ihrem Werthanschlage verzeichnet waren, im Gesammtbetrage von 2677 fl. 20 kr., unbeanstandet ihrer Unterhandlung und Uebereinkunft mit der großherzoglichen Staatsregierung, Behufs ihrer Entschädigung, resp. Erwirkung eines verhältnißmäßigen Besoldungsbeitrags zum Grunde gelegt, und hiemit schon sowohl das Bezugsrecht, als den wirklichen Bezug der fraglichen Besoldung im Ganzen unzweideutig zugestanden, indem sie auf eine zur Annahme reife Erklärung ihres Dieners Handlungen vornahm, zu welchen sie nur unter der Voraussetzung der Beistimmung zu der klägerischen Besoldungsansprache in quali et quanto veranlaßt und berechtigt seyn konnte, zumal, da dieselbe den hierauf von großherzoglichem Finanzministerium bewilligten Staatsbeitrag ad ¼ der klägerischen Besoldung mit 669 fl. 20 kr. unumwunden acceptirte und ihrer gutsherrlichen Kasse in Einnahme bringen ließ (L. R. S. 1108 a und b, 1354 und 1356); — auch solches schriftlich dem Kläger kund machte.

Diese urkundlichen Zugeständnisse, diese factischen Einwilligungen von Seite der Dienstherrschaft liefern einen zureichenden Beweis dafür, daß die jährliche Besoldung des Klägers im Jahr 1817 aus jenen Theilen bestand, und jenen Geldwerth hatten, wie all dieß in seiner Besoldungsfassion aufgeführt war, und kann es jetzt dem Kläger nicht obliegen, diesen Beweis nochmals durch andere Beweismittel beizubringen.

Der Einwand der beklagten Grundherrschaft, als seie die erwähnte Uebereinkunft von 1817 zwischen ihren Rechtsvorfahren und dem großherzoglichen Finanzministerium in Bezug auf den Kläger eine Sache unter Dritten, und

könne demselben daher nach L.R.S. 1165 keinen Vortheil verschaffen, ist hier ungegründet; — nur in so weit nämlich, als damals über eine gewisse Quote, über das Beitragsmaß hinsichtlich der klägerischen Besoldung zwischen dem großherzoglichen Finanzministerium und der Gutsherrschaft Münchhöf pascibuirt wurde, betraf solches lediglich diese Pascicenten, in so weit aber das quale und quantum der Besoldung des Klägers hiebei in Frage kam und festgestellt, auch von der Gutsherrschaft nicht blos gegen den Staat geltend gemacht, sondern zugleich dem Kläger gegenüber zugestanden wurde, war dieser allerdings betheiligt, was sich schon aus §. 5 und 6 des Edikts vom 14. Mai 1813, so wie aus den deßfallsigen Notificationen an den Kläger von Seite des großherzoglichen Finanzministeriums und der markgräflichen Renteiadministration d. d. 22. October 1817, Nr. 97 ergibt.

Wollte man aber auch den Kläger als eine dritte Person betrachten, so spräche für ihn der L.R.S. 1121, wornach man auch zum Vortheil eines Dritten etwas bedingen kann, wenn es in Gefolge einer Zusage geschieht, die man sich selbst bedingt, und wornach derjenige, welcher etwas dergleichen bedungen hat, nicht davon abgehen kann, sobald der Dritte erklärt hatte, sich das Bedungene zu eigen zu machen, wie in concreto geschah.

Das weitere Vorbringen des appellatischen Anwalts, daß es im Interesse der Gutsherrschaft gewesen, nach Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit, gegenüber dem Staate, eine möglichst große Besoldung ihres Beamten zu formiren und zu realisiren, ohne daß hieraus gefolgert werden dürfte, jene Besoldung habe in Wahrheit wirklich so viel betragen, verdient ebenfalls keine Berücksichtigung; denn dieß würde der Unterstellung einer Unredlichkeit Raum geben, welche nicht Platz greift.

Wenn der appellatische Anwalt die Größe der klägerischen Besoldung ferner mit der Behauptung anzufechten sucht, daß, in so ferne auch dieselbe im Jahr 1817 den Gesammtbetrag von 2677 fl. 20 kr. erreicht hätte, hiedurch noch nicht der Beweis hergestellt wäre, daß dieselbe bereits am Normaltage (24. August 1802) von gleichem Betrage gewesen, so kommt hiegegen in Betracht, daß die oben allegirte Verordnung vom 9. November 1810 den betreffenden Dienern blos zur Auflage macht, den Besitz ihrer reichsschlußmäßigen Besoldung zu bescheinigen, durch die von dem Kläger producirten und in erster Instanz Beklagterseits für ächt anerkannten Bestallungs- und sonstigen Urkunden aber mindestens deßfallsige Bescheinigungen sowohl hinsichtlich der Besoldungsbestandtheile als hinsichtlich deren Werthanschlags genügend beigebracht sind, daß überdieß Beklagterseits selbst zugegeben wurde, Kläger sei von der Reichsabtei Salmannsweiler reichlich salarirt worden, ohne daß hieran die Behauptung geknüpft ward, als wäre die damalige Besoldung des Klägers durch Zulagen seit 24. August 1802 erhöht worden; — endlich kommt deßfalls noch in Erwägung, daß Kläger seinen Besoldungsanspruch im jährlichen Betrage von 2677 fl. 20 kr. nicht nur auf den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 gründete, und seine Pension in so fern nach §. 19 des Staatsdieneredikts von 1819 keine Schmälerung erleiden darf, sondern auch auf wiederholte Zugeständnisse und Zusicherungen der Rechtsvorfahrer der beklagten Grundherrschaft stützt, und bei seinem Werthanschlage der Naturalbezüge die von Beklagter selbst für richtig anerkannten Durchschnittspreise von 1792 bis 1812 zum Regulativ nahm.

Aus diesen Gründen mußte auch obige Frage sub II. bejaht werden. —

Zu III. Richtig ist es, daß Kläger seine Besoldung ursprünglich theils in Geld, theils in Naturalien und Nutzungen anzusprechen und bezogen hatte, allein dieser Modus der Besoldungsentrichtung änderte sich im Laufe der Zeit, indem einzelne Natural- und Nutzungsemolumente, wie z. B. Zehnten, Wiesen, Garten u. s. w. hinwegfielen, und dafür Geldvergütungen geleistet wurden, und Kläger insbesondere seit dem 23. April 1827 bis anher in Folge seiner Pensionirung nur Geldbesoldung ohne frühere Naturalien und Nutzungen erhielt, und mit diesem Modus seiner Salarirung sich einverstanden erklärte.

In dieser Instanz machte zwar der appellatische Anwalt das eventuelle Anerbieten, dem Kläger die gebührende Besoldung — in so weit nämlich Früchte hierunter begriffen sind — theilweise in Natura zu liefern, allein der Kläger beharrte auf seiner gesammten Besoldungsforderung in Geld, und ist hiezu auch berechtigt, weil — wie erwähnt — hinsichtlich des Modus der frühern Besoldungsentrichtung eine Rechtswandlung eingetreten, und es nunmehr nicht dem einseitigen Ermessen der beklagten Grundherrschaft überlassen seyn kann, je nach dem Stand des Früchtepreises ꝛc. abwechselnd die deßfallsige Besoldung bald in Natura, bald in Geld theilweise zu leisten, und überdieß die jetzigen Verhältnisse des Klägers zufolge seiner im Jahr 1827 ausgesprochenen Pensionirung anderer Art sind, als jene während seines Dienstes und hierauf bezüglichen Wohnsitzes zu Münchhöf (L.R.S. 1271, Nr. 1; Reichsdeputationsschluß §. 59, Staatsdieneredikt von 1819, §. 9 und 19).

Zu IV. Zufolge des §. 66 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 sollten die Sustentationsgelder der Diener jederzeit vierteljährig unverzüglich abgeführt werden, auch durch Beschluß der markgräflichen Renteiadministration d. d. 22. October 1817, Nr. 97, wurde dem Kläger die Vergütung für die entzogenen Sporteln

in Quartalraten versprochen, und war es überhaupt bisher üblich, derartige Besoldungen quartaliter zu bezahlen, was Beklagterseits nicht bestritten ist, allein hiemit wird die Behauptung des Klägers, daß mit dem jeweiligen Verfalltage die Verzugszinsen von der rückständigen Besoldung kraft Gesetzes beginnen, nicht begründet, denn hiezu ist nicht blos nothwendig, daß der Schuldner förmlich in Verzug gesetzt wurde, sondern auch, daß Verzugszinsen wirklich gefordert werden.

Dieß geschah aber von Seite des Klägers erst mittelst seiner am 14. Mai 1832 dem Gegentheile behändigten Klage, weßhalb nur von dieser Zeit an das Begehren der Verzugszinsen von der rückständigen Besoldung Statt findet (L.R.S. 1153, 1139, 1142, 1146 und Analogie des L.R.S. 1207).

Der Kostenpunkt endlich rechtfertigt sich durch §. 168 und 169 der Prozeßordnung.

Hienach fand sich der Gerichtshof bewogen, den unterrichterlichen Bescheid dahin zu reformiren, wie durch diesseitiges Urtheil vom Heutigen ausgesprochen wurde.

Waibele.

II.

Hofgericht Rastatt.

Schickard gegen Kast. — Nichtigkeit eines geheimen letzten Willens betreffend.

Fragliches Testament der Erblasserin war mit einem versiegelten Umschlage, und dieser mit folgender Aufschrift versehen:

„Mir, dem von großherzoglichem Amtsrevisorate „S..... zur Urkundenaufnahme beauftragten Commissär „N. N., in Gegenwart der nachbenannten sechs Zeugen, „hat Frau Julie Weiler, wohnhaft dahier, einen großen, „auf weißes Papier geschriebenen Brief, auf zwei Orten „mit ihrem Privatsiegel versiegelt, übergeben, dabei er„klärte sie, daß dasjenige, was darin enthalten ist, ihr „letzter Wille sei, den ein Anderer geschrieben, sie ihn „aber selbst durchlesen und unterschrieben habe, und bitte „uns, hierüber eine Urkunde aufzunehmen, und solche „auf den Schriftumschlag zu setzen."

„Vorerst habe ich, der Commissär, um diese Urkunde „auf den übergebenen Brief schreiben zu können, solchen „in einen weitern Umschlag gebracht, solchen in Ermang„lung eines andern Siegels mit dem Privatsiegel der „Frau Julie Weiler versehen, dann diese Urkunde auf „denselben geschrieben, endlich das Niedergeschriebene „der Erblasserin und den Zeugen vorgelesen."

„Geschehen in Gegenwart der Erblasserin, in Gegen„wart der Zeugen (folgen deren Namen) sämmtliche „von hier, welche gegenwärtige Urkunde mit mir — dem „Commissär — und der Erblasserin zugleich unterzeichnet „haben, alles ununterbrochen hinter einander, ohne Zwi„schenritt anderer Handlungen."

„S...... (Ortsbezeichnung) den 20. Mai 1836."

„N. N." u. s. w. (folgen nun sämmtliche Namensunterschriften.)

Außer der erwähnten Privatsiegelanlegung geschah nachträglich noch die Versiegelung mittelst des betreffenden Staatsschreibereisiegels, worüber der besagte Umschlag nachstehende weitere Beurkundung enthält:

Geschehen S...... den 20. Mai 1836.

Vor dem Theilungscommissär N. N.

„Um dem L.R.S. 976 zu genügen, hat man den ge„heimen letzten Willen der Frau Julie Weiler von hier „vom Heutigen auch mit dem Staatsschreibereisiegel des „Bezirksamt S...... gesiegelt, obgleich für die Unmög„lichkeit der Einschiebung eines andern letzten Willens „schon durch die Privatsiegel gesorgt war, den sämmt„lichen bei Aufnahme der Urkunde anwesend gewesenen „Zeugen den versiegelten letzten Willen vorher gezeigt, „und nachdem sie denselben identisch und ganz unverletzt „gefunden, diesen Act von ihnen beurkunden lassen, in „einer ununterbrochenen Handlung."

N. N. rc. (folgen die Unterschriften.)

Auf die Klage einiger Intestaterben wurde nach gepflogenen Appellationsverhandlungen der bestrittene letzte Wille durch hofgerichtliches Urtheil für nichtig erklärt, wozu die

Entscheidungsgründe

dahin lauten:

Vorliegendes geheime Testament der Frau Julie Weiler, frühere verehlichte von Parrot zu S........ d. d. 20. Mai 1836, wurde von dem klagenden Intestaterben unter anderen insbesondere deßhalb als nichtig angefochten, weil es demselben an gesetzmäßiger Versiegelung gebreche. — Der Gerichtshof erachtete diesen Mangel zur Klagbegründung für genügend, und fand sich daher — mit Umgehung des weitern Klaggrundes — bewogen, das unterrichterliche Erkenntniß vom 28. Januar dieses Jahres, wodurch fragliches Testament für nichtig erklärt wurde, lediglich zu bestätigen, und den Appellanten Kast nach Maßgabe der §§. 168, 169 der Prozeßordnung in die Kosten dieser Instanz zu verfällen. —

Hauptzweck der gesetzlichen Bestimmungen in L. R. S. 976 und 976 a. ist unverkennbar, möglichst zuverläßige Constatirung der Identität eines geheimen letzten

Willens, — Sicherstellung gegen Unterschiebung falscher Urkunden. Zu diesem Behufe bezeichnet der Gesetzgeber einzelne, genau vorgeschriebene Handlungen, welche der Erblasser selbst, resp. in seinem Namen und Auftrag für ihn ein Dritter, und solche, welche der Staatsschreiber, zu verrichten und zu beurkunden hat, und welche sammt und sonders als Förmlichkeiten bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachten sind (L. R. S. 1001 und 6 k). Zu diesen Handlungen gehört nun namentlich das Versiegeln der geheimen letzten Willensurkunde, beziehungsweise deren Umschlag, und zwar in doppelter Weise, nämlich das Versiegeln, welches durch den Erblasser oder in seinem Namen und Auftrag für ihn durch einen Dritten geschieht, und die Besiegelung, welche durch den Staatsschreiber (als solchen) bewirkt wird. —

Aus der Aufschriftsurkunde, welche Theilungscommissär N. N. auf dem von ihm um fragliches Testament angebrachten weiteren Umschlage fertigte, ist jedoch die Thatsache (Handlung) als gehörig beurkundet nicht ersichtlich, daß — wie das Gesetz vorschreibt — die Erblasserin in ihrer, der sechs Zeugen und des Staatsschreibers Gegenwart besagten Umschlag mit jener Inlage habe versiegeln lassen, d. h. daß die deßfallsige Versieglung in ihrem Namen und Auftrage für sie geschah; sondern es wird darin nur der Bitte der Erblasserin erwähnt, über den von ihr übergebenen sogenannten Brief eine Urkunde aufzunehmen, und solche auf den Schriftumschlag zu setzen, dagegen von Theilungscommissär N. N. — als offenbar eine persönliche Handlung seiner Seits — hinzugefügt: daß er — Commissär N. N. — besagten weiteren Umschlag mit dem Privatsiegel der Frau Julie Weiler (in Ermangelung eines andern Siegels) versehen habe. — Diese Siegelanlage kann aber weder als eine — Namens und aus Auftrag der Erblasserin für sie geschehene (Privat-) Versiegelung, noch als eine Besiegelung durch den Staatsschreiber betrachtet werden, denn in ersterer Beziehung fehlte es an einem Auftrage (Geheiße) der Erblasserin, und in letzterer an dem Dienstsiegel. —

Daß der Gesetzgeber mit den Worten: „der Erblasser läßt versiegeln" den Begriff einer Anordnung des Erblassers verbindet und ausdrückt, ist — ohne daß es eines Zuhülferufens des französischen Textes bedarf — um so weniger zweifelhaft, als ja gerade diese Versiegelung als eine Handlung des Erblassers aufgeführt wird, welche ein Dritter für ihn verrichtet, folglich als ein Surrogat einer selbst bewirkten Versiegelung angesehen werden muß, wozu eine Anordnung, ein Auftrag des Erblassers erforderlich, und auch die Beurkundung dieser Thatsache in dem Aufschriftsakte nothwendig ist, welche keinenfalls durch Schlußfolgerungen aus der Unterschrift der Erblasserin abgeleitet oder ergänzt werden darf, indem die Namensunterzeichnung des Erblassers als eine besondere, für sich bestehende Förmlichkeit vorgeschrieben ist, die Beurkundung durch den Staatsschreiber aber auf jede einzeln gesetzlich vorgeschriebene Handlung — mit deutlichen und bestimmten Worten sich zu erstrecken hat — auf Handlungen, welche sowohl vor als von ihm geschehen. —

Gerade darin, daß der Testator selbst, oder auf seine Anordnung ein Dritter für ihn versiegelt, liegt ein Ueberzeugungsgrund von der Identität des letzten Willens, und wo diese Art der Versiegelung fehlt, ist ein mit Nichtigkeit gesetzlich bedrohter Mangel vorhanden. —

Nicht minder klar ist es, daß jene Besiegelung, welche zufolge L. R. S. 976 a. durch den Staatsschreiber zu geschehen hat, als eine weitere Versiegelungsart angesehen werden muß, denn diese hat der Staatsschreiber kraft seiner Dienstobliegenheit (ohne Zuthun des Testators) in genau bestimmter Weise vorzunehmen, jene in L. R. S. 976 vorgeschriebene Versiegelung dagegen ist lediglich Sache des Erblassers.

Da L. R. S. 976 a. dem Staatsschreiber als solchem die Besiegelung zur Pflicht macht, so ist hierin auch implicite die Bestimmung enthalten, daß er sich hiebei des Dienstsiegels bedient, weil überhaupt, wenn von Besiegelung eines Acts durch eine öffentliche Person gesetzlich die Rede ist, hierunter wohl nichts anderes als die Adhibirung des Dienstsiegels dieser öffentlichen Person qua adhærens oder appertinens der öffentlichen Beglaubigung verstanden werden kann. Die nachträgliche Beidrückung des Amtsrevisoratssiegels S........ vermochte den vorwürfigen Mangel nicht zu heilen, denn solche geschah weder in Gegenwart der Erblasserin noch in ununterbrochenem Zusammenhange mit den übrigen Testamentsförmlichkeiten.

Daß auch hiebei die unitas actus nothwendig ist, ohngeachtet deren in L. R. S. 976 a. speziell nicht gedacht wird, unterliegt keinem Bedenken, wenn man erwägt, daß dieser Zusatz einen integrirenden Bestandtheil von L. R. S. 976 bildet, und der Zweck der öffentlichen Besiegelung, daß nämlich nicht unbemerkt die Urkunde aus dem Umschlage herausgenommen, und eine andere dafür eingeschoben werden kann, nach der Intention des Gesetzes wohl nur erreicht wird, wenn auch diese Besiegelung in Anwesenheit der Erblasserin und der Zeugen in ununterbrochener Handlung zu Stande kommt.

(Brauers Erläuterungen zu L. R. S. 976 und 976 a.)

Waidele.

III.

Kann in der zur Nachweisung der Appellationssumme anberaumten Tagfahrt durch Aufstellung neuer Beschwerden dem Rechtsmittel noch Eingang verschafft werden?

Von Hövel gegen Schönbein.

Da in der Beschwerdeschrift nur wegen eines Zinspostens im Betrage von 25 fl. gravaminirt war, so wurde der

appellantische Anwalt nach Maßgabe des §. 1214 der Prozeßordnung in die öffentliche Gerichtssitzung vom 9. Dez. 1837 vorgeladen, um die Appellationssumme nachzuweisen.

In dieser Tagfahrt übergab nun der Anwalt einen Nachtrag zur Beschwerdeschrift, worin er, um der Auflage zu genügen, eine neue Beschwerde wegen eines weiteren Postens von 27 fl. hinzufügte und demnach die Appellation für zulässig zu erklären bat. Bei der hierüber gepflogenen Berathung entstand die in der Aufschrift gestellte Frage, welche von der Minorität bejaht, von der Majorität hingegen verneint wurde.

I. Für die Zulassung der neuen Beschwerde und somit der Appellation selbst berief man sich

1) auf die §§. 1189 und 1199 fg. der Prozeßordnung, indem die rechtzeitige Appellationsanzeige ganz allgemein laute und noch keine Verfallenerklärung vorliege;

2) auf die §§. 345 und 1171 der Prozeßordnung, weil der Libell noch nicht zur Vernehmlassung hinausgegeben, geschweige denn die Einlassung des Appellaten erfolgt und mithin die Nachholung des Versäumten noch immer zulässig sei.

II. Dagegen führte man für die Unstatthaftigkeit des Nachtrags an:

1) Nach den §§. 1170 und 1213 müsse der Appellationslibell namentlich die Aufstellung der Beschwerden gegen das angefochtene Urtheil oder Verfahren enthalten. Diese Schrift werde alsdann, zufolge der §§. 1214 und 1215, entweder dem Gegentheil zur Vernehmlassung oder blos zur einstweiligen Nachricht mitgetheilt und die Sache sofort zur mündlichen Verhandlung ausgesetzt, oder endlich der appellantische Anwalt in die Gerichtssitzung vorgeladen, um die Rechtzeitigkeit oder die Summe nachzuweisen. Es könne aber hiebei natürlich nur von einer Nachweisung der Summe hinsichtlich der im Libell selbst bereits aufgestellten Beschwerden die Rede seyn, da ja der Anwalt nur zu diesem Zweck vorgeladen werde. Wenn nun die Aufstellung von Beschwerden nicht in öffentlicher Sitzung geschehen dürfe, so sei der fragliche Nachtrag als nicht vorhanden anzusehen und daher in Gemäßheit des §. 1214 über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsmittels nach Lage der Acten zu erkennen.

2) Die Allgemeinheit der Appellationsanzeige begründe nur für den Appellaten das Recht der Anschließung selbst in Ansehung derjenigen Theile des Erkenntnisses, gegen welche das Rechtsmittel nicht wirklich gerichtet sei. Einer Contumacirung und Deserterklärung bedürfe es aber in sofern nicht, als der Appellant durch die Aufstellung einer einzigen Beschwerde alle anderen, die ihm etwa noch zustehen möchten, fallen lasse. Halte man diesen Satz nicht fest, so verliere man sich ins Endlose, indem man dem Appellanten selbst nach Verkündung des in zweiter Instanz gefällten Urtheils noch die Aufstellung neuer Beschwerden gegen das unterrichterliche Erkenntniß gestatten müsse, weil in Bezug auf diese noch überall keine Desertoria ergangen, die Appellation aber rechtzeitig und ganz allgemein angemeldet worden. Wolle man jedoch

3) den §. 345 analog auf den vorliegenden Fall anwenden, so müsse man folgerichtig nach §. 358 die Appellation ohne weiteres als unstatthaft verwerfen, weil sich aus der Beschwerdeschrift selbst ergebe, daß sie wegen Mangels der Summe unzulässig sei.

4) Die Analogie von den Klagen passe aber überhaupt nicht hierher, weil der IV. Abschnitt des 46. Titels der Prozeßordnung eigene Vorschriften für die Appellationen ertheile. — Nach dieser Ansicht wurde die eingewandte Appellation als unstatthaft verworfen. Bayer.

IV.

Rechtsfall über den Artikel 6 der Prozeßnovelle vom 3. August 1837.

In einer sich zum abgekürzten Verfahren eignenden Baustreitigkeit ward die Appellation gehörig angezeigt, aber nicht ausgeführt, weßhalb eine Verfallenerklärung erging. Der Appellant, in der Meinung, daß die Sache sich zum ordentlichen Verfahren eigne, reichte nun die Appellationsbeschwerdeschrift den dreizehnten Tag von der Zustellung der Verfallenerklärung ein, und bat dabei um Wiederherstellung gegen die Verfallenerklärung.

Der Respicient entnahm daraus eine Verspätung der Einreichung der Appellationsbeschwerdeschrift, indem solche nach §. 1206 innerhalb acht Tagen von der Zustellung der Appellationsverfallenerklärung hätte eingereicht werden müssen, und beantragte daher die Vorladung des Appellanten nach §. 1214 zur Nachweisung der Rechtzeitigkeit der Appellation, indem man dem Appellanten hauptsächlich noch den Nachweis freilassen mußte, ob sich die Sache wirklich zum abgekürzten Verfahren eigne, oder nicht vielmehr zum ordentlichen, in welchem die Beschwerdeschrift alsdann rechtzeitig eingekommen wäre. Allein die Majorität unterstellte hier die Anwendbarkeit des Art. 6 der Prozeßnovelle, und so wurden beide Theile vorgeladen.

Wenn man aber den Art. 6 genau betrachtet, so findet man, daß er nur von den Fällen spricht, wo die in den §§. 154, 658, 631, 1203, 1205 zur Wiederherstellung gegen frühere Rechtsvorkommenheiten angeordneten Fristen selbst abgelaufen sind, und wo man also nicht eine Wiederherstellung gegen jene Rechtsvorkommenheiten sucht, für welche in den §§. 154 ꝛc. eine Frist eingeräumt ist, sondern wo man eine Wiederherstellung gegen den Ablauf der in den §§. 154 ꝛc. anberaumten Fristen nachsucht, welche als nicht abgelaufen die Wiederherstellung gegen die frühern Rechtsvorkommenheiten kraft Gesetzes mit sich geführt hätten. So wurde hier um Wiederherstellung gegen die Verfallenerklärung der Appellation in der irrigen Meinung nachgesucht, als seie die Frist des §. 1205 noch im Lauf, und dafür gilt die Vorschrift des Art. 6 der Prozeßnovelle nicht, sondern dieser Art. geht auf den Fall, wo die Wiederherstellungsfrist gegen die Verfallenerklärung selbst abgelaufen ist, und wo man nun eine Wiederherstellung gegen diesen Ablauf und nicht gegen die Verfallenerklärung nachsucht.

Uebrigens scheint zwischen dem im Art. 6 erwähnten Fall des §. 1205, und dem weiter erwähnten Fall der versäumten Einführungsfrist der Appellation nach §. 1195, wenn keine Appellation angemeldet worden ist, kein Unterschied zu seyn. Sander.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. №. 15. Karlsruhe den 14. April 1838.

I.

Bemerkungen über die Erlassung von Versäumungserkenntnissen bei den Collegialgerichten I. Instanz.

Nachdem man bei dem Hofgericht in Rastatt, wenigstens im I. Senat, die Versäumungserkenntnisse auf eine Klage nach versäumter Vernehmlassung auf Anrufen des Klägers alsbald und in der Weise erlassen hatte, wie solches in den Annalen 1835, Nr. 11, III. entwickelt wird, so hat sich in neuester Zeit der Gerichtsgebrauch wieder davon abgewendet und ist in ein Verfahren eingetreten, was meines Erachtens eben so sehr den Gesetzen widerspricht, als es eine große Verschleifung des Prozesses herbeiführt.

Auf Anrufen des Klägers um Ausschluß des säumigen Beklagten und Erlassung des Versäumungserkenntnisses, wird nämlich ein Dekret erlassen, wodurch der Beklagte mit seiner Vernehmlassung ausgeschlossen und nunmehr Tagfahrt zur Rechtsausführung anberaumt wird, wozu Kläger und Beklagter wieder unter der Androhung vorgeladen werden, daß sie sonst mit ihrer Rechtsausführung ausgeschlossen werden und das Erkenntniß gefällt werden wird. Je nach der wieder verschiedenen Ansicht der jeweiligen Votanten wird zugleich in dem Dekret der Ausschluß mit den Schutzreden und das Eingeständniß des thatsächlichen Vortrags des Klägers ausgesprochen, doch auch in diesem Fall wird das Versäumungserkenntniß nicht mit erlassen, sondern gleichfalls die Tagfahrt zur Rechtsausführung anberaumt.

Daraus entspringt nun vorerst eine große Verschleifung des Prozeßgangs, denn da die Tagfahrten in der öffentlichen Gerichtssitzung auf eine Zeit von zwei bis drei Monaten hinausgesetzt werden, und da man annimmt und auch annehmen muß, daß der Beklagte vor wirklicher Erlassung des Versäumungserkenntnisses Alles nachholen kann, so erhält der Beklagte der Sache nach nicht nur die im Dekret auf die Klage zur Vernehmlassung anberaumte Frist, die man, ohnedies der Vorschrift des §. 1111 der Prozeßordnung zuwider, auf 28 Tage ansetzt, sondern er erhält auch noch die Frist des Dekrets zur Anberaumung der Tagfahrt von einem Vierteljahr, so daß also die Fristen zur Vernehmlassung auf eine Klage zusammen vier Monate betragen. Von selbst versteht es sich und wird auch nicht widersprochen, daß nach Erlassung des Versäumungserkenntnisses in der anberaumten Tagfahrt von da an noch die Frist zur Wiederherstellung lauft, womit sich die ohnedies schon maßlose Frist des Beklagten zur endlichen Beantwortung der Klage noch vergrößert. In sofern man aber anzunehmen berechtigt ist, daß die Absicht des Gesetzgebers bei dem ganzen Kontumacialsystem dahin ging, den Rechtsstreit bei Versäumnissen der Parteien zu einem schnellen und definitiven Ende zu führen, so wird man dieses solcher Schnelligkeit gerade zuwiderlaufende Verfahren nicht billigen können. Und man wird es noch weniger billigen dürfen, weil dadurch der §. 1110 der Prozeßordnung in der Weise auf das unverkennbarste verletzt wird, wo derselbe vorschreibt, daß auf Anrufen des Klägers in der **nämlichen** Sitzung der angedrohte Rechtsnachtheil ausgesprochen und das Versäumungserkenntniß gefällt werden soll, während man hier auf das schriftliche Anrufen in der geheimen Sitzung einen mehr oder minder ausgedehnten Rechtsnachtheil ausspricht, und dann erst ein Vierteljahr später das Versäumungserkenntniß fällt. Dieses Auseinanderreißen der Aussprache der Rechtsnachtheile und der Ertheilung des Versäumungserkenntnisses selbst ist in keiner Weise zu rechtfertigen und eher noch zu dem Verfahren zurückzukehren, welches in Nr. 64 der Annalen 1833 vorgeschlagen wird und von mir in Nr. 11, 1835 bekämpft und wohl auch widerlegt wurde.

Man beruft sich immer nur darauf, daß der §. 1108 die Aufnahme von Rechtsausführungen in die Klage vor Kollegialgerichten untersage, daß man aber dem Kläger das Recht lassen müsse, seine Rechtsausführung vor dem Erkenntniß mündlich vorzutragen, und daß man also vor Erlassung des Versäumungserkenntnisses eine Tagfahrt zu dieser mündlichen Rechtsausführung ansetzen müsse. Allein so gut der §. 1112, 1132 und andere die Bestimmungen der Prozeßordnung über die Nothwendigkeit der Ansetzung

von Tagfahrten zu mündlichen Verhandlungen ausdrücklich ertheilen, eben so gut hätte der §. 1111 die Bestimmung treffen müssen, daß nach Versäumniß des Beklagten mit der Vernehmlassung nunmehr Tagfahrt zur mündlichen Rechtsausführung über die Klage anzuberaumen seie, und gerade weil der §. 1111 dieses nicht gethan hat, sondern dem entgegengesetzt vielmehr anordnete, daß auf Anrufen des Klägers, also nicht auf die mündliche Rechtsausführung in der nämlichen Sitzung der Ausspruch des angedrohten Rechtsnachtheils geschehen und das Versäumungserkenntniß erlassen werden soll, so ist eben gerade daraus erwiesen, daß der Gesetzgeber von einer Tagfahrt zur Rechtsausführung nichts wissen wollte, sondern die alsbaldige Erlassung des Versäumungserkenntnisses auf einfaches Anrufen des Klägers vorschreibt. Darüber lassen auch die Motive von Weiler §. 107 keinem Zweifel Raum.

Vergebens beruft man sich dabei auf die Verschiedenheit des Verfahrens bei dem Einzelnrichter und dem Kollegialgericht I. Instanz, welches eine Verschiedenheit der Erlassung der Versäumungserkenntnisse erzeuge. Die Verschiedenheit soll darin liegen, daß bei dem Verfahren vor dem Einzelnrichter die mündliche und schriftliche Klage die Rechtsgründe der Klage enthalten könne, während dieses bei dem Kollegialgericht I. Instanz nicht Statt finden dürfe, weßhalb also hier die Tagfahrt zur Rechtsausführung Statt finden müsse. Es ist richtig, daß die Klagen vor dem Einzelnrichter den Rechtsgrund und die Rechtsausführung nach §. 249, 350 enthalten können, sie müssen sie aber nicht enthalten, und wenn also eine Klage ohne Rechtsausführung vor dem Unterrichter eingebracht wurde, so steht sie der dem Kollegialgericht eingegebenen Klage in dieser Beziehung ganz gleich, und doch ist nun im Gesetz für den Einzelnrichter nirgends verordnet, daß in diesem Fall bei dem Versäumniß des Beklagten eine Tagfahrt zur Rechtsausführung des Klägers anzuberaumen seie, die aber alsdann aus dem nämlichen Grund Statt finden mußte, als wie man sie bei den nicht mit der Rechtsausführung versehenen Klagen vor dem Kollegialgericht I. Instanz anordnen will.

Es läßt sich auch nicht einsehen, warum denn die alleinige Rechtsausführung des Klägers so nothwendig seyn sollte, wo über die Thatsachen des Rechtsstreits bei dem Umstand, daß sie als eingestanden angenommen werden müssen, kein Zweifel mehr ist. Diese Thatsachen müssen als Klaggrund vollständig seyn, und ob sie alsdann das Klagsuchen rechtfertigen, das ist die Sache der rechtlichen Beurtheilung des Richters, ihre Unterstellung unter das Gesetz muß der Richter sowie anders selbst und von Amtswegen vornehmen und bedarf dazu um so weniger einer unumgänglich nothwendigen Rechtsausführung des Klägers, als er ja selbst in dem Fall, wo der Kläger eine ganz irrige Rechtsausführung vorgetragen hat, sein Urtheil nicht auf diese bauen darf, sondern die richtigen Rechtssätze von Amtswegen suppliren muß.

Man hat deßhalb dem erwähnten Verfahren entgegengehalten, daß ja das Kollegialgericht die Klage ohne den Kläger zu hören sogar in Rechten unbegründet alsbald abweisen könne, was doch gewiß nicht geschehen dürfe, wenn man aus der Nichtanführung des Rechtsgrunds in der Klage die Nothwendigkeit der Zulassung einer mündlichen Rechtsausführung des Klägers folgern konnte. Die gegentheilige Meinung hat auch das Gewicht dieser Einwendung nicht verkannt, und hat daher dieselbe nicht anders aus dem Wege zu räumen gewußt, als daß sie, freilich nur nothgedrungen, behauptete, es dürfe das Kollegialgericht I. Instanz eine Klage nicht alsbald nach §§. 357, 358, 359, 360 zurückweisen, sondern müsse zum allerwenigsten den Kläger zur Rechtsausführung vorladen.

Auch diese Behauptung ist als verwerflich zu bezeichnen. Nach §. 1096 richtet sich das Verfahren vor dem Kollegialgericht I. Instanz im Ganzen nach denselben Vorschriften, welche für den Einzelnrichter gelten mit den in den folgenden Bestimmungen enthaltenen Verschiedenheiten. Daß nun in den Fällen der §§. 357 — 360 die Klage alsbald und auch in dem Fall ohne Vorladung des Klägers zur Rechtsausführung abgewiesen wird, wo die schriftliche Klage keine Rechtsausführung enthielt, kann nicht bezweifelt werden, und da dieses Verfahren in dem ganzen 43. Titel über das Verfahren vor den Kollegialgerichten I. Instanz keine verschiedene Bestimmung erhalten hat, so läßt sich kein gesetzlicher Grund einsehen, aus welchem die §§. 357 — 360 vor den Kollegialgerichten I. Instanz eine Abänderung erleiden und insbesondere die Vorladungen des Klägers Statt finden sollten. Zudem ordnet der §. 1109 die Mittheilung der Klage an den Beklagten nur insofern an, als die Klage vom Gerichte für zuläßig erkannt worden ist, es werden somit die Vorerkenntnisse der §§. 357 — 360 per argumentum e contrario dahin erwähnt, daß sie Statt zu finden haben, wenn das Gericht die Klage nicht für zuläßig erkennt, und wenn man sonach in dem Verfahren vor dem Kollegialgericht I. Instanz eine Abweisung der Klage ohne mündliche Rechtsausführung des Klägers erhält, so sollte man doch glauben, daß auch ein Kontumacialerkenntniß gegen den Beklagten erfolgen kann, ohne daß dazu eine Rechtsausführung des Klägers nothwendig wäre.

Wenn sonach dargethan ist, daß in den Fällen der §§. 357 — 360 die Verschiedenheit des Inhalts einer Klage vor dem Einzelnrichter und dem Kollegialgericht I. Instanz keine Verschiedenheit des Verfahrens über die Fälle der §§. 357 — 360 dahin erzeugt, daß bei dem Kollegialgericht I. Instanz eine vor dem Einzelnrichter

nicht Statt findende mündliche Rechtsausführung des Klägers nothwendig wäre, so darf man diese Nothwendigkeit der mündlichen Rechtsausführung des Klägers bei den Kontumacialerkenntnissen des §. 1110 noch um so weniger annehmen, als dieser Satz das Statt findende Verfahren vollständig dahin vorschreibt, daß auf das Anrufen des Klägers in der nämlichen Gerichtssitzung der angedrohte Rechtsnachtheil ausgesprochen und das Versäumungserkenntniß gefällt werden muß. Es ist dieses auch durch die §§. 1152, 1153 in keiner Weise abgeändert, indem dorten weiters nichts gesagt wird, als daß die Versäumungen nur auf Anrufen der Gegenpartei ausgesprochen, und die Versäumung bis zu diesem Ausspruch wieder gut gemacht werden kann. Wie und wann aber das Versäumungserkenntniß selbst gefällt werden soll, darüber geben die §§. 1152, 1153 keine, wenigstens keine vom §. 1110 abweichende Bestimmungen, und da der §. 1152 gerade das Nichterscheinen in einer Gerichtssitzung auf eine vorhergegangene Vorladung und die Versäumung einer Prozeßhandlung überhaupt unterscheidet, im §. 1110 aber von keinem Nichterscheinen in einer Gerichtssitzung, sondern von der Versäumung der Prozeßhandlung der Vernehmlassung auf die Klage die Rede ist, so bleibt überall noch nachzuweisen, daß auf das Anrufen des Klägers gegen den säumigen Beklagten nicht alsbald das Versäumungserkenntniß gefällt, sondern noch auf ein Vierteljahr hinaus eine Tagfahrt zur Rechtsausführung des Klägers anberaumt werden muß.

Es läßt sich zwar nicht läugnen, daß man gegenüber dem in Nr. 11 der Annalen 1835 entwickelten Verfahren sehr wohl behaupten kann, daß das übrigens nach §. 1104 schriftlich zu übergebende Anrufen in einer öffentlichen Gerichtssitzung zu geschehen habe. Allein auch die gegentheilige Meinung läßt das Anrufen nicht in öffentlicher Gerichtssitzung geschehen, sondern läßt es gleichfalls in der geheimen Gerichtssitzung vorlegen, und von da aus die Tagfahrt zur Rechtsausführung des Klägers anberaumen, so daß der Streit immerhin darin liegt, ob auf das Anrufen des Klägers erst noch eine Tagfahrt zur Rechtsausführung anzuordnen, oder nicht vielmehr sogleich in der nämlichen Gerichtssitzung das Versäumungserkenntniß zu fällen ist. Uebrigens pflegt man den Beklagten in die Tagfahrt zur Rechtsausführung des Klägers vorzuladen, ist aber über die ihm anzudrohenden Rechtsnachtheile seines Nichterscheinens keineswegs einverstanden. Dem Kläger droht man aber den Rechtsnachtheil an, daß bei seinem Nichterscheinen die Sache liegen bleibt, wo es sich doch gewiß bezweifeln läßt, daß man da, wo der Kläger auf das Versäumniß des Beklagten angerufen hat, berechtigt seyn kann, die Sache deßhalb liegen zu lassen, weil der Kläger nicht zu einer Rechtsausführung erschien, welche das Gesetz nirgends angeordnet hat. Er hat nun noch einmal anzurufen, wo dann der Tanz, der aber fürwahr keine Prozeßgalloppade, sondern ein sehr langweiliges Menuett ist, wieder von vornen beginnt.

Der Umstand aber, daß man zur Tagfahrt für die Rechtsausführung des Klägers weder für den Kläger noch für den Beklagten feste Versäumungsnachtheile anzudrohen weiß, beweist am besten, daß diese Tagfahrt nicht im Sinne des Gesetzes liegt, und bedenkt man noch, daß auch die Prozeßnovelle vom 3. August d. J. im Art. 5 das Versäumungserkenntniß mit dem Ausspruche der versäumten Prozeßhandlung **zugleich** erlassen haben will, wenn die Verhandlung über alle entscheidenden Thatsachen als geschlossen betrachtet werden kann, was aber bei der versäumten Vernehmlassung auf die Klage deßhalb angenommen werden muß, weil sie als **eingestanden** angesehen werden, so sollte man wohl glauben, daß eine Tagfahrt zur Rechtsausführung des Klägers im Fall des §. 1110 nicht Statt findet, sondern auf Anrufen des Klägers das Versäumungserkenntniß sogleich zu erlassen ist. *)

Sander.

II.

Ueber die L. R. S. 1831, bh und bi.

Von Venningen gegen Reidel.

Bedenken gegen die Redaktionsnote in Nr. 44. II., pag. 261 der Annalen von 1837.

Nach dieser Note wird mit der Minorität angenommen,

---

*) Ich habe mich aus den in diesem Aufsatze entwickelten Gründen von der Richtigkeit der dargestellten Ansicht auch längst schon überzeugt.

Namentlich ist aber durch den **zuletzt** angegebenen Grund das im Eingang beschriebene Verfahren, wornach zuerst nur der Ausschluß mit der Antwort auf die Thatsachen der Klage und dann erst nach vernommener Rechtsausführung das Urtheil selbst erfolgen soll, jedenfalls widerlegt.

Nach dem klaren Ausspruche des Gesetzes vom 3. August 1837 (§. 670) hat nämlich das Versäumungserkenntniß in den Fällen, wo
„die Verhandlung schon über alle entscheidenden **Thatsachen** als geschlossen betrachtet werden kann,"
nicht blos den Ausschluß der säumigen Partei mit der versäumten Prozeßhandlung, sondern **zugleich** auch das Erkenntniß in der Hauptsache zu enthalten.

Dieser Fall ist nun offenbar hier vorhanden, denn, wenn der Beklagte mit seiner Vernehmlassung auf die Klage ausgeschlossen und in Folge dessen der **thatsächliche Klagvortrag** nach §. 253 als eingestanden angenommen wird, so sind damit sicher doch die Verhandlungen über die entscheidenden **Thatsachen** geschlossen, und eine Trennung des Erkenntnisses in der Hauptsache vom bloßen Ausschlußdekret ist nach der neuen Fassung des §. 670 durchaus nicht mehr zuläßig D. R.

daß die Erbbestandsherrschaft nicht berechtigt seie, in dem angegebenen Falle Handlohn zu fordern, weil bei der Theilung der väterlichen Verlassenschaft dem Leonhard Keidel, welcher durch Testament des Erblassers als Alleineigenthümer des Guts berufen war, mittelst Vergleich mit seinen Geschwistern der Tann'sche Erbbestandshof ganz zugefallen seie, derselbe sodin angesehen werden müsse, als habe er den ganzen Hof unmittelbar und ausschließlich vom Erblasser überkommmen. Er seie deßhalb Handlohn zu zahlen nicht schuldig, weil die andern Miterben nie Eigenthumsrechte an dem Gut gehabt hätten. Dem steht entgegen:

I. der Erbbestandsbrief; welcher besagt:

a. daß sich das Erbbestandsgut auf alle ehelichen Descendenten vererbe;

b. daß der Erbbeständer über das Gut nicht testamentarisch verfügen dürfe. Es bestimmten sohin die Contrahenten

1) die Theilbarkeit des ohnehin füglich theilbaren Erbbestandshofs.*) Eine erlaubte Stipulation, einmal, weil der ursprüngliche Erbbestandsbrief, welcher 1822 und wegen L. R. S. 710 fc erneuert wurde, älter ist als das Gesetz vom 23. März 1808; zum andern, weil Dingrecht Landrecht bricht.

2) Wurde vertragsmäßig festgesetzt, daß keine andere als die allein gerechte und natürliche Erbfolge ab intestato Statt finden dürfe.**) Eines nähern Bedenkens wäre außerdem noch der Umstand werth, ob die Verordnung vom 23. März 1808, welche die Anhäufung von Liegenschaften in einer Hand neben dem jüngeren Landrechte, welches allenthalben eine entgegengesetzte Tendenz ausspricht, sanctionirt, ob, sage ich, diese Verordnung neben L. R. S. 1831 bd. und 826 noch zu Recht beständig ist. ***)

Bei diesen Bestimmungen des Erbbestandsbriefs ist es nun gewiß, daß der Obereigenthumsherr, sobald er das Gut, bei Vorhandenseyn mehrerer Erben, in einer Hand vereinigt sieht, unbedingt von dem Alleinbesitzer laudemium für die Antheile der Miterben verlangen kann, weil gegenüber dem Obereigenthumsherrn, derselbe für jene Theile stets als extraneus ac *novus acquirens* erbbestandsvertragsmäßig erscheinen muß. Ihn kümmert keine Vereinbarung unter den Erben, sondern blos das Faktum, daß nicht jeder Erbe seinen Theil erhalten hat; und in concreto hat er vorgezogen, auf laudemium, statt auf Heimfall wegen Verkaufs, ohne eingeholten Consens, zu klagen.

II. Es bleibt nur noch zu prüfen, in wie weit L. R. S. 883 hier seine Anwendung finde. Er sagt:

Wird eine Erbschaft eröffnet, so treten die gesetzlichen Erben sogleich in Besitz und Gewähr derselben, jeder hat einen idealen Antheil an der Masse. Eigenthümer eines einzelnen Stücks dagegen wird er erst durch die Theilung, und soll dann angesehen werden, als seie er unmittelbar nach Eröffnung der Erbschaft schon ausschließlicher Eigenthümer desselben gewesen; kurz die Theilung ist nicht translativ, sondern declarativ. Diese höchst natürliche, von dem röm. Rechte l. 6, § 8, D. 10, 3 abweichende Bestimmung, ist hinsichtlich des Früchtegenusses und der Belastung der noch ungetheilten Erbschaft durch einen Miterben, z. B. mit Hypotheken, Servituten, von Bedeutung, hat aber eben darum auch lediglich das Verhältniß der Miterben unter sich im Auge. Wenn z. B. bei Eröffnung der Erbschaft ein Miterbe gewisse Grundstücke verpfändet und später bei der Theilung dieselben erhält, so besteht die Hypothek vom Tag der Constituirung (divisio est declarativa); fallen ihm aber diese Liegenschaften nicht zu, so kommen sie lastfrei in die Hände desjenigen, dem sie zufallen.

Hieraus ist wohl am besten ersichtlich, daß der L. R. S. 883, indem er blos das Verhältniß der Erben von der Zeit der Erbschaftseröffnung unter sich und zu Dritten, mit welchen sie seit diesem Zeitpunkte kontrahirt haben, regulirt, den Rechten des Obereigenthumsherrn, welche schon mit der Eröffnung der Erbschaft ins Leben treten, unwandelbar vertragsmäßig fest stehen, keinen Abbruch thun kann.

Dr. Hecker.

---

*) Wenn der Erbbestandsbrief nicht mehr enthält, als was hier unter a. und b. angeführt ist, so ist dadurch keineswegs die Theilbarkeit festgesetzt.

Denn, wenn die Urkunde sagt, daß das Gut sich auf alle Descendenten vererbe, so ist damit nur gesagt, daß nicht nur die Söhne, sondern auch die Töchter, und nicht nur auf eine beschränkte Zahl von Generationen, sondern unbeschränkt lehnberechtigt seien, daß also, so lang noch irgend ein Nachkomme vorhanden sei, das Lehen (wegen Abgangs lehenberechtigter Erben) nicht heimfalle. Keineswegs ist aber damit gesagt, daß da, wo mehrere lehenberechtigte Kinder vorhanden sind, das Lehen unter sie getheilt werden müsse.

Auf die Frage, ob die Kinder das Gut im Stück unter sich theilen können, oder ob es als untheilbar einem Kinde allein um einen Anschlag zuzuweisen sei? — hat die angeführte Bestimmung des Erbbestandsbriefs keinen Einfluß. D. R.

**) Damit ist die Frage der Theilbarkeit wieder nicht entschieden, denn wenn auch die Intestaterbfolge Statt hat, so kann doch ein in der Erbmasse befindliches Gut theilbar oder untheilbar seyn, und es kann dabei im letzteren Falle das Vortheilsrecht (L. R. S. 827 c.) des einen Erben eintreten oder nicht. Ist kein Vortheilsrecht vorhanden, so müssen bei der Intestaterbfolge nach S. 827 die untheilbaren Güter, wenn keine andere Vereinbarung erfolgt, versteigert werden. Aber weder in dem einen noch in dem andern Falle hört die Erbfolge auf, eine Intestaterbfolge zu seyn. D. R.

***) Nach S. 1831 bd. darf in dem Erblehen keine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Art der Vererbung Statt finden.

Treffen nun aber mehrere nach der gesetzlichen Ordnung gleich berechtigte Erben, z. B. mehrere Kinder, mit ihren Ansprüchen auf das gesetzlich oder vertragsmäßig untheilbare Lehen zusammen, so kann man nicht sagen, daß der gesetzliche Erbgang verletzt sei, wenn einer der Erben allein das Lehen im Stück erhält und die andern dagegen andere Erbstücke oder Erbgleichstellungsgelder erhalten, wie dies ja nach der ausdrücklichen Bestimmung des S. 827 c. bei andern, einem Vortheilsrechte unterworfenen, Gütern ebenfalls der Fall ist. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 16. Karlsruhe den 21. April 1838

I.

Meineid.

(Nachtrag zu dem Aufsatze II. in Nr. 27 der Annalen v. 1837.)

Auf den von der Inculpatin gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 9. Mai v. J. ergriffenen Rechtsrecurs erkannte der oberste Gerichtshof unterm 5. Februar l. J. abändernd zu Recht: daß die Inculpatin für klagfrei zu erklären, jedoch in die Kosten der Untersuchung zu verfällen sei. — Es folgen hier die

Entscheidungsgründe:

Die Handlung, wegen welcher die Recurrentin Theresia Merr durch das angefochtene hofgerichtliche Urtheil des Meineids für schuldig erklärt wurde, besteht darin:

a. daß die Theresia Merr am 5. August 1836, unmittelbar nachdem ihr in der Untersuchungssache gegen Nicolaus Mösch von Roth wegen lebensgefährlicher Verwundung des Kanoniers Back von dem Untersuchungsgericht der Zeugeneid abgenommen war, vor demselben Gerichte die Erklärung abgab, daß ihre zum Protokoll vom 3. Juni desselben Jahrs gemachte Aussage, die ihr nun wieder vorgelesen worden, die reine Wahrheit sei, welche sie ohne alle Abänderung und Zusatz auf ihren so eben abgelegten Eid als wahr bestätige;

b. daß die hiernach eidlich bestätigte Aussage der Recurrentin zum Protokoll vom 3. Juni unter andern die Behauptung enthielt, daß ihr der Soldat Back am Pfingstmontag Abends eine Bouteille Wein nicht gebracht, daß sie damals keinen Wein getrunken und von Streithändeln nichts gehört habe;

c. daß hingegen die Recurrentin bei ihrer dritten Einvernahme in jener Untersuchungssache vom 23. August 1836 nach vorgängiger nochmaliger Erinnerung zur Angabe der Wahrheit ihre frühere Aussage änderte und nunmehr erklärte: „sie müsse jetzt eingestehen, daß Soldat Back an jenem Abend einen Schoppen Wein vor ihr Schlafzimmerfenster gebracht, daß sie von diesem Wein ein wenig getrunken, und daß es unterdessen in der Ferne Streit gegeben, worauf Soldat Back sie aufmerksam gemacht habe.

Die von a bis c bezeichneten Vorgänge sind durch das Bekenntniß der Theresia Merr und die vorliegenden Gerichtsprotokolle vom 3. Juni, 5. und 23. August 1836 in criminalrechtliche Gewißheit gesetzt. Es frägt sich daher nur noch, ob diese Vorgänge das Verbrechen des Meineids begründen?

Meineid im engeren Verstande oder als Gegensatz von Eidesbruch, ist die Verletzung der durch einen Eidschwur bestärkten Verbindlichkeit, die Wahrheit über ein gewisses Factum auszusagen. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 421.

Zum Thatbestand eines Meineids wird demnach erfordert:

1. Das Vorhandenseyn der Verbindlichkeit, die Wahrheit anzugeben;

2. die Bestärkung dieser Verbindlichkeit durch Ablegung eines gültigen Eides;

3. es muß die als wahr beschworene Thatsache sich anders verhalten, die Aussage muß objectiv falsch seyn;

4. der Schwörende muß das Gegentheil von seiner Aussage auch wirklich gewußt haben. Feuerbach l. c. §§. 419 — 422. Mittermaier. Ueber den Meineid §. 8. Im neuen Archiv des Kriminalrechts B. I Seite 111 — 113.

Wenn nun gleich im gegebenen Falle die zwei ersten dieser Requisiten unzweifelhaft vorliegen, indem

zu 1. aus dem Staatszwecke des Rechtsschutzes für alle Staatsangehörigen, die auch durch positive Gesetze (L. 21, §. 2, D. de test. Nov. 90, Tot. Tit. X de testibus cogendis und bürgerliche Prozeßordnung, §§. 501, 503, 505 und 506) sanctionirte Pflicht abfließt, in peinlichen und bürgerlichen Rechtssachen Zeugniß abzulegen, d. h. über Thatsachen, deren Erforschung der Richter für wichtig und zweckmäßig hält, demselben auf Befragen seine gemachte Wahrnehmung mitzutheilen, und weil

zu 2. die Recurrentin diese ihre Verbindlichkeit durch einen Eid bestärkt hat, der ihr vor gehörig besetztem und competentem Untersuchungsgericht nach den Vorschriften der Eidesordnung und des §. 35 der Verordnung vom 20. October 1829 (Regierungsblatt Nr. 5), die Geschäftsformen bei den

Untergerichten betreffend, abgenommen wurde und daher in jeder Beziehung ein gültiger Eid ist: so mangelt doch in Ansehung der Erfordernisse

zu 3. und 4. ein genügender Beweis. Denn in Beziehung auf diese Erfordernisse ist vor Allem ins Aug zu fassen, daß die Recurrentin keineswegs, wie die Majorität der Votanten der vordern Instanz unterstellt zu haben scheint, ihre beiden sich geradezu widersprechenden Aussagen vom dritten Juni und dreiundzwanzigsten August 1836 eidlich oder auf ihren abgelegten Eid hin bestärkt habe. Nur die erste — zum Protokolle vom 3. Juni gegebene Deposition, „daß Back der Recurrentin keinen Wein überbracht, daß sie also keinen Wein getrunken, und daß sie von Streithändeln nichts gehört habe", — ist von der Recurrentin zum Protokoll vom 5. August auf ihren damals abgelegten Eid als wahr bestätigt worden. Der späteren — der ersten gerade entgegenstehenden Aussage zum Protokoll vom 23. August hat die Recurrentin weder eine handgelübdliche noch eidliche Bekräftigung beigefügt; weder der Untersuchungsrichter, noch die Recurrentin bezog sich damals auf den von der letzteren am 5. August abgelegten Zeugeneid. Vielmehr scheint der Untersuchungsrichter die Richtigkeit oder Wahrheit der ersten und eidlichen Deposition der Recurrentin in Zweifel gezogen und darum diese nochmals auf den 23. August zur Einvernahme vorgeladen zu haben.

Ohne diese Voraussetzung läßt sich aus den Acten durchaus kein Grund zur wiederholten Vorladung der schon eidlich abgehörten Zeugin auffinden, besonders da Soldat Back, dessen Angabe einzig und allein mit der Deposition der oft gedachten Zeugin im Widerspruche lag, auf den 23. August nicht vorgeladen war, folglich auch die Vermuthung nicht einmal Platz greifen kann, als wäre die nochmalige Vorladung der Recurrentin zum Zwecke der Beseitigung des zwischen ihrer und der Aussage des Soldaten Back herrschenden Widerspruchs mittelst Confrontation geschehen.

Mit der Voraussetzung dagegen, daß der Inquirent schon vor dem 23. August Mißtrauen in die Wahrheit der eidlichen Aussage der Recurrentin vom 3. Juni und beziehungsweise 5. August gesetzt habe, erklärt es sich ganz natürlich und leicht, daß und warum er die Recurrentin am 23. August nicht eidlich, oder auch nur unter Beziehung auf ihren früher abgelegten Eid, sondern lediglich nur unter Erinnerung zur Angabe der Wahrheit nochmals einvernahm, welche Erinnerung auch den eines Verbrechens schon verdächtigen und wirklichen Inquisiten von den Inquirenten gewöhnlich gemacht wird.

Ist demnach die Aussage vom 23. August keine eidlich bestärkte, so konnte auch durch sie ein Meineid nicht verübt, sondern höchstens ein früher schon verübter einbekannt werden.

Welcher Werth dieser Aussage in der Eigenschaft als Bekenntniß zukomme, wird weiter unten erörtert werden.

Als Handlung, wodurch die Recurrentin sich des Verbrechens des Meineids möglicher Weise schuldig gemacht haben könnte, erübrigt also nur ihre eidliche Aussage zum Protokoll vom 5. August, beziehungsweise 3. Juni 1836.

Um aber das wirkliche Daseyn dieses Verbrechens annehmen zu können, müßte zufolge der oben unter Ziffer 3 und 4 angeführten Erfordernisse dargethan seyn,

a. daß diese Aussage objectiv falsch sei, d. h. es müßte erwiesen seyn, daß der Soldat Back der Recurrentin wirklich Wein gebracht, daß sie davon getrunken und daß sie wenigstens den Anfang der Streithändel gehört habe und

b. daß die Recurrentin dies bei ihrer Einvernahme am 5. August gewußt oder sich dessen erinnert und folglich absichtlich das Gegentheil davon bezeugt habe.

Hierüber nun ist ein vollständiger Beweis nicht erbracht. Denn die Recurrentin hat in der gegen sie wegen Meineids geführten Untersuchung die Falschheit ihrer Zeugenaussage vom 3. Juni und 5. August nicht nur nicht zugestanden, sondern deren Wahrheit ausdrücklich und beharrlich behauptet.

Die jener Aussage entgegengestandenen unbeschworenen Angaben

a. des Soldaten Bender, daß Back der Recurrentin eine Bouteille Wein gebracht und

b. des Soldaten Back, daß er die Bouteille Wein der Recurrentin überreicht, daß dieselbe davon getrunken und daß er sie auf die in der Ferne entstandenen Streithändel aufmerksam gemacht habe, sind von diesen Deponenten selbst in der Folge zurückgenommen worden und können daher auch nicht einmal als Verdachtsgründe gegen die Recurrentin geltend gemacht werden, gegen welche in dieser Beziehung außer ihrer eigenen Aussage zum Protokoll vom 23. August 1836 ein anderer Beweisgrund überall nicht zu entdecken ist. Als Geständniß betrachtet kömmt aber dieser letzteren Aussage aus mehreren Gründen volle Beweiskraft nicht zu, indem sich

1) gegen die Ernstlichkeit des Geständnisses oder gegen die Absicht der Recurrentin, ein wahrhaftes Geständniß abzulegen, der Zweifel erhebt, ob sie nicht vielmehr die fragliche Aussage nur auf Begehren des Soldaten Back und zu dem Zwecke gemacht habe, damit eine Uebereinstimmung in den gerichtlichen Angaben beider eintrete, was sie wenigstens jetzt in der gegen sie selbst geführten Untersuchung behauptet und der Soldat Back bestätigt hat.

2) Fehlt es an allen und jeden zusammentreffenden Nebenumständen, an welchen sich die Wahrhaftigkeit des Geständnisses prüfen und erkennen ließe.

3) Ist die fragliche Aussage oder das Geständniß von der

Recurrentin unter Anführung des Grundes widerrufen worden, daß Back durch Ueberredung und Androhung von Schlägen sie zu jener falschen Aussage oder zu dem unwahren Geständnisse vermocht habe.

Dieser Grund des Widerrufs ist dadurch wenigstens einigermaßen wahrscheinlich geworden, daß Back die Ueberredung ausdrücklich zugestanden und selbst die Drohung mit Schlägen nicht geradezu und bestimmt widersprochen, sondern nur erklärt hat, daß er sich der Drohung mit Schlägen nicht erinnere.

Uebrigens begründet das mehrerwähnte gerichtliche Geständniß, wenn gleich nicht einen vollständigen Beweis, doch allerdings den Verdacht, daß die frühere eidliche Deposition der Recurrentin objectiv falsch und wider ihr besseres Wissen gemacht worden sei, welcher Verdacht auch durch den Widerruf des Geständnisses nicht gänzlich beseitigt werden konnte, indem der Grund des Widerrufes, abgesehen von der Frage über dessen Erheblichkeit, jedenfalls durch die unbeschworene und nicht einmal vollständige Bestätigung von Seiten des Soldaten Back, der durch seine häufigen Widersprüche in seinen Angaben vor Gericht den Glauben an seine Wahrheitsliebe verwirkt hat, nicht zureichend erwiesen wurde. Bei der Unvollständigkeit des Anschuldigungsbeweises, und da der Recurrentin die gänzliche Reinigung von dem auf ihr ruhenden Verdachte eben so wenig gelungen ist, muß — wie nunmehr durch das oberhofgerichtliche Urtheil geschieht — eine Lossprechung von der Instanz erfolgen. Was die Untersuchungskosten betrifft, so sind dieselben in Gemäßheit des § 19 des Strafedikts aus dem Grunde von der Recurrentin zu tragen, weil sie durch ihre sich widersprechenden Zeugenaussagen sich mindestens einer gerichtlichen Lüge — also einer widerrechtlichen Handlung schuldig gemacht und dadurch selbst den Anlaß zu der gegen sie verhängten Untersuchung gegeben hat.

Anmerkung. Nach §. 19 des Strafedikts kann ein Beschuldigter, welcher durchaus freigesprochen wird, ausnahmsweise in die Kosten verfällt werden, wenn eine erwiesene sträfliche oder doch gesetzwidrige Handlung desselben den Verdacht und die Untersuchung wider ihn veranlaßt hat. Nimmt man nun, so lange von dem Verbrechen des Meineids die Rede ist, nicht als erwiesen an, daß die Inculpatin als Zeuge gelogen, d. h. mit dem Bewußtseyn, daß sich die Sache anders verhalte, eine unwahre Angabe gemacht hat, so scheint es inkonsequent, sie dennoch wegen erwiesener Lüge in die Kosten zu verfällen. Durch den Artikel 3 des Gesetzes vom 25. November 1831 (Regierungsblatt Nr. XXX.) sind übrigens die Strafbestimmungen über gerichtliche Lügen aufgehoben und folglich die gerichtlichen Lügen der Beschuldigten — denn nur diese waren als solche verpönt — nicht mehr strafbar. Die gerichtlichen Lügen der Zeugen hingegen werden unter diesem Namen von dem Gesetze nirgends für sträflich erklärt. Nur dasjenige, was ein Zeuge, je nach Verschiedenheit des Falles, auf Handgelübde oder Eid aussagt, verdient Glauben vor Gericht. Die gerichtliche Lüge eines vergelübdeten oder beeidigten Zeugen aber ist Meineid. Wird nun ein solcher Zeuge dieses Verbrechens für klagfrei erklärt, so ist damit eo ipso ausgesprochen, daß er der gerichtlichen Lüge nicht überwiesen sei. In dem vorliegenden Falle konnte also eine gerichtliche Lüge — deren Thatbestand in den Entscheidungsgründen nicht nachgewiesen ist — wohl kaum als Motiv dienen, um die Inculpatin, wie geschehen, in die Kosten der Untersuchung zu verfällen.

Bayer.

II.

Noch etwas über die Zuläßigkeit des Indicienbeweises.

(Mit Bezug auf Artikel II. in Nr. 12 der Annalen d. J.)

Nach § 18 des Edikts muß das Urtheil, wodurch Jemand eines Verbrechens für schuldig erklärt wird, die für Recht ermessene Strafe ausdrücken. Daß hierunter die ordentliche sowohl als die arbiträre Strafe zu verstehen sei, wird Niemand bezweifeln. Die Frage: ob auf Indicien eine Verurtheilung zur ordentlichen Strafe Statt findet, muß demnach bejaht werden, sobald ausgemacht ist, daß nach dem Gesetze das Subject der That durch künstlichen Beweis in criminalrechtliche Gewißheit gesetzt werden kann. Nichts ist inkonsequenter und vernunftwidriger, als ein Gesetz, welches von dieser Regel hinsichtlich der Todesstrafe eine Ausnahme macht, weil die historische Gewißheit keine Abstufungen zuläßt. Es kann etwas nur gewiß oder ungewiß seyn. Von absoluter Gewißheit, welche eben so wenig durch Geständniß und Zeugen als durch indirecte Beweismittel erreicht werden kann, ist übrigens hier nicht die Rede. Wird aber durch Indicien die Gewißheit geliefert, daß Jemand einen Mord begangen hat, so muß ihn auch die Todesstrafe treffen. — Will nun behauptet werden, daß die Indicien blos dazu dienen sollen, um eine Untersuchung einzuleiten, so muß doch diese den Zweck haben, die Schuld oder Nichtschuld des Indicirten zu erforschen. Der §. 6 des Edikts fordert aber zu diesem Behufe nur rechtlichen Verdacht, welcher von zureichenden Indicien himmelweit verschieden ist. Die auf letztere hin vorzunehmende Reassumtion einer Untersuchung geschieht nicht der etwa zu erkennenden Detention wegen, weil diese vermöge des §. 10 des Edikts schon mit der ersten Klagfreierklärung ausgesprochen werden mußte, wenn der Fall dazu geeignet war; und eben so wenig wegen Anwendung des Erforschungsmittels der Wahrheit, weil solche schon vor der ersten Aburtheilung eintreten mußte, da hiezu

nach §. 11 des Edikts nur hinlänglicher Verdacht erforderlich ist. — Da bekanntlich aus bloßen Anzeigen bald nur ein entfernter, bald ein mehr oder minder dringender Verdacht, bald jedoch auch eine völlige criminalrechtliche Ueberführung oder Gewißheit hervorgehen kann, so läßt sich nicht verkennen, daß unser Edikt seine Bestimmungen je nach Verschiedenheit des Resultates der Inzichten bemessen hat. Nothwendig müssen die neuen zureichenden Indicien, welche in §. 24 der Erläuterung genügende genannt werden, von der Art seyn, daß sie, als erwiesen angenommen, zur Ueberführung des Indicirten hinreichend scheinen. Die Untersuchung hat sich daher mit der Herstellung des Beweises der Anzeigen zu befassen, durch welche der Beweis der Schuld geführt werden soll. Die Folge hievon kann zwar allerdings eine wiederholte Klagfreierklärung seyn, aber nicht deßhalb, weil eine Verurtheilung auf Indicien als unzuläßig erscheint, sondern aus dem Grunde, weil die Beweisführung nicht rechtsbehörig, vielmehr unzureichend ausfiel. Dadurch nämlich, daß die Gesetzgebung dem gerichtlichen Geständnisse eines Beschuldigten den übereinstimmenden Aussagen von zwei tüchtigen Zeugen und der richterlichen Wahrnehmung mehr Beweiskraft beilegt, als den Inzichten, spricht sie dieselbe den letzteren nicht ab. Die Angabe eines Mitschuldigen, der seinem Genossen nicht mehr als sich selbst zur Last legt, das außergerichtliche Geständniß eines Angeschuldigten, welchem es nur an der Form der gerichtlichen Ablegung fehlt, und die Aussage eines classischen Zeugen, der die That mit angesehen hat, sind directe Beweisgründe, obwohl sie auch zu den Indicien gezählt werden. Sollten nun diese drei Anzeigen, wenn sie zusammentreffen, zum Beweis der Schuld nicht hinreichen, weil man sich einbildet, die Inzichten seien eines ganz anderen Stoffes als die s. g. directen Beweismittel, oder weil man sich die entfernten Indicien, im buchstäblichen Sinne, von dem Inculpaten sehr weit weg denkt, während es immer willkührlich bleiben und von dem richterlichen Ermessen abhängen wird, welche Anzeigen man im einzelnen Falle zu den nahen oder entfernten rechnen will! Wozu die im §. 14 des Edikts ertheilte Anleitung, wenn der Richter nicht befugt seyn soll, auf zusammentreffende Anzeigen das Schuldig auszusprechen? Hätte das Edikt den im §. 6 abgeschafften Anklageprozeß beibehalten und dazu noch öffentliches Verfahren eingeführt, so würden allerdings die Richter weit sicherer zu urtheilen im Stande seyn, als auf die gesammelten Acten. Weil aber das urtheilende Gericht die Beschuldigten und Beschädigten, die Zeugen und Sachverständigen nicht vor sich rufen kann, um sie zu sehen und zu hören, so verurtheilt es weniger und spricht mehr frei, als dies vielleicht sonst der Fall seyn würde, wenn ihm die Gelegenheit dargeboten wäre, sich durch die vor seinen Augen Statt findende Verhandlung ein in jeder Beziehung vollkommen klares Bild von dem ganzen Untersuchungsfactum eigen zu machen. Belege hiefür liefern die Annalen, erster Jahrgang, Nr. 12 und sechster Jahrgang Nr. 6 und 12. Noch andere werden in diesen Blättern nachfolgen.

Aber aus dem Mangel der Oeffentlichkeit des Verfahrens auf die Unzuläßigkeit des Indicienbeweises schließen zu wollen, wäre mehr als gewagt. Gleich fruchtlos ist der Versuch, die Unstatthaftigkeit dieses Beweises aus dem §. 13 des Edikts zu deduciren, weil man dann auch die Bekenntnisse als unzuverläßig verwerfen müßte, von welchen dort ebenfalls gesagt wird, daß die Normen der Halsgerichtsordnung nur so weit anwendbar bleiben, als sie ohne Anklageprozeß und peinliche Frage anwendungsempfänglich sind. Es ist daher kein Wunder, wenn die Meinung, daß man nach unsern Strafgesetzen eine volle Verurtheilung zur ordentlichen Strafe aussprechen könne, immer mehr um sich greift. Die badischen Gerichte werden, der himmelschreienden Beschwörung ungeachtet, wohl auch in Zukunft weder der gegentheiligen Ansicht huldigen, noch glauben, daß sie Unrecht thun, wenn sie auf künstlichen Beweis peinliche Strafe erkennen. Man fordert von der Gerechtigkeit, daß sie auch die großen Diebe hänge, statt den Schutz der Gesellschaft gegen frevelhafte Eingriffe in Gottes Hand zu stellen, um ja nicht illiberal oder indiscret gegen Verbrecher zu seyn. Die Zahl der Herculen, welche die Tortur vorziehen, möchte eben so schwach seyn, als das Häuflein derjenigen, die auswandern, wenn man fortfährt, auf Indicien hin zu verurtheilen. Gewiß könnte man aber einem Lande nur Glück wünschen, in welchem die Macht des Gesetzes so wohlthätig wirkt, daß der Abschaum des Volkes den Reißaus nimmt. Es ist jedoch eher zum Davonlaufen, wenn ein hellsehendes Gerichtsmitglied von Anträgen des anklagenden Staatsanwalts und vom Dunkel des geheimen Verfahrens spricht, obschon ihm, als Erstatter des Commissionsberichts über den Entwurf zum Gesetze vom 3. August 1837 (Regierungsblatt Nr. XXV.) noch erinnerlich seyn sollte, daß der Staatsanwalt — wie bereits in den Annalen von 1837 Nr. 2 gezeigt wurde — den hofgerichtlichen Sitzungen, in welchen Strafsachen zur Aburtheilung kommen, nicht als Ankläger, sondern als Wächter des Gesetzes beizuwohnen und daß der Gerichtshof sein Erkenntniß, welches auch nach Einführung des öffentlichen Verfahrens im Berathungszimmer gefällt werden wird, mit Entscheidungsgründen zu beleuchten hat.

Diese Beleuchtung hat ohne Zweifel schon manchem Verbrecher die Ueberzeugung beigebracht, daß er mit Recht verurtheilt, daß er rechtsbehörig überwiesen sei. Peter Bauer und Peter Hochhammer (Annalen von 1837 Nr. 25) haben nach Publication des oberhofgerichtlichen

Urtheils auf den Recurs zur Gnade ausdrücklich verzichtet und die Strafe angetreten. Bauer ist bereits aus dem Zuchthaus entlassen und noch nicht emigrirt. Er wird vermuthlich, nach Ansicht der für ihn und seine Zunft geschriebenen Abhandlung, noch recht oft und viel stehlen, besonders weil das Erforschungsmittel der Wahrheit abgeschafft und die Detention bei Diebstählen nicht anwendbar ist.

Die wegen Diebstahls verurtheilte Barbara Brecht (Annalen l. c. Nr. 30) hat nach publicirtem Urtheile ein freiwilliges Geständniß abgelegt und dadurch die auf zusammentreffende Inzichten ausgesprochene Schuldigerklärung vollkommen gerechtfertigt. Der berüchtigte Pferdedieb Adam Bangert (Annalen l. c. Nr. 42) ergriff gegen das hofgerichtliche Strafurtheil, welches in den Annalen d. J. Nr. 12 impugnirt wurde, keinen Recurs, sondern unterwarf sich der gegen ihn auf künstlichen Beweis verhängten Strafe. Das Nämliche ist in Ansehung des Adam und der Anna Maria Weiher (Annalen l. c. Nr. 10) der Fall. — Wer bezweifelt ihre Schuld? Ueberall war die ordentliche, beziehungsweis peinliche Strafe erkannt, weil die preußische Criminalordnung von 1806 hierlands nicht gilt, und weil Niemand glaubt, daß unser Strafedikt von 1803 das im §. 405 jener Criminalordnung hinsichtlich der außerordentlichen Strafe gegebene Beispiel befolgt oder nachgeahmt habe.

Auf Indicien zu verurtheilen, ist auch sicher nicht so neu, als gedruckt zu sehen, wie man mit Gesetzbüchern des Auslandes beweisen will, daß eine gewisse Bestimmung in der inländischen Gesetzgebung nicht enthalten seyn könne. Ob eine solche Beweisführung rechtsbehörig sei, mag dahin gestellt bleiben. Wird sie aber dafür erkannt, so läßt sich der Indicienbeweis füglich entbehren. Man kann alsdann Beweise liefern, welche bisher unmöglich scheinen mußten. Hier nur ein Beispiel. Das Königreich Preußen hat bis jetzt keine landständische Verfassung, folglich müßte man es als ein blaues Meerwunder erachten, wenn man annehmen wollte, daß im Großherzogthum Baden seit 1818 eine landständische Verfassung bestehe. —

Ueberhaupt braucht man es nicht in allen Stücken so genau zu nehmen. Auch davon eine Probe. In den Annalen von 1837 Nr. 25 S. 149 steht die Bemerkung:

„Wenn man unterstellen darf, daß der schon seit Jahren bearbeitete Entwurf zu einem neuen Strafprozeß eine geläuterte Beweistheorie enthalte, so könnte etwa durch provisorische Einführung derselben dem längst gefühlten Bedürfniß leicht abgeholfen werden. Ein weiterer Gewinn würde darin bestehen, daß man bis zu dem Zeitpunkte, wo jener Entwurf in Kraft treten soll, durch Anwendung der neuen Beweistheorie praktische Erfahrungen sammeln könnte."

Darauf ist nun in den Annalen d. J. Nr. 12 S. 15 erwiedert:

„und schwerlich wird man Viele finden, welche in den S. 149 des vorigen Jahrgangs niedergelegten Wunsch einstimmen, daß durch eine provisorische Einführung des Indicienbeweises die Möglichkeit gegeben werde, darin Erfahrungen zu sammeln. Es möchten traurige Erfahrungen seyn!" —

Das glaubt aber kein Mensch, das glauben namentlich die Freunde der Wahrheit nicht, und eben weil sie es nicht glauben, sollte man sich hüten, ihnen Sand in die Augen zu streuen. Bayer.

III.

Ueber die praktischen Folgen des §. 81 des Schulgesetzes vom Jahr 1835, die Klassifikation der israelitischen Schulen betreffend.

Das Schulgesetz vom Jahr 1835 schreibt im §. 81 vor: daß die Bestimmungen über die Zahl der Lehrer, so wie über das Diensteinkommen und die Rechtsverhältnisse derselben auch auf die an öffentlichen Schulen der Israeliten angestellten Lehrer Anwendung finden.

Hiernach hat die Großherzogliche Regierung des Oberrheinkreises in einer Entscheidung über die Klassifikation einer israelitischen Schule den Grundsatz aufgestellt, daß nach dem klaren Ausdruck des Gesetzes für die Klasse der Schule nicht die Seelenzahl eines Konfessionstheils, sondern nur die Totalbevölkerung der politischen Gemeinde maßgebend und daher die israelitische Schule in dem Orte Ihringen mit 30 — 33 Kindern in dieselbe Klasse zu setzen sei, wie die Schule der christlichen Einwohner, deren es 1898 sind, — während die israelitische Gemeinde nur aus 160 Einwohnern besteht. —

Gegen diese Anwendung des §. 81 erhebt man vom Standpunkt der Billigkeit, wie von jenem der verhältnißmäßigen Gleichheit aus mit Recht einige Bedenken. —

Schon der Absatz 1 des §. 81 mildert jene harte Bestimmung für die israelitischen Gemeinden, indem er der Staatsbehörde überläßt, von der Vorschrift des §. 4 abzugehen, ohne jedoch speziell die Voraussetzungen zu normiren; es liegt also hierin mindestens ein Fingerzeig für das vernünftige Ermessen der Staatsbehörde, die lästige Konsequenz des §. 4 nach Umständen für die meistens unverhältnißmäßig geringen israelitischen Gemeinden zu umgehen; ähnlich, wie ihr durch die Bestimmung des §. 4 Absatz 3 die Befugniß eingeräumt wird, ausnahmsweise eine Schule in eine höhere oder niedere Klasse zu setzen, wenn die Ortsverhältnisse, z. B. Preis der Wohnung und

Lebensbedürfnisse u. s. w. eine solche Abweichung nothwendig machen.

Läßt man jedoch den Absatz 1 in §. 81 nur als Ausnahme des §. 4 gelten und nicht als eine feste und im Allgemeinen eintretende Abweichung, wonach für die Klassifikation der israelitischen Schule nicht die Totalbevölkerung der politischen Gemeinde Maß gibt, so bleibt diese Bestimmung ohne Zweifel sehr unsicher und bedenklich. Es kann die Behörde oft aus unzureichenden Rücksichten auf eine schwache Israelitengemeinde durch die Klassifikation nach der Totalbevölkerung der politischen Gemeinde eine harte Last wälzen, zu deren Bestreitung die Kräfte derselben nicht halb vermögend sind.

In dem berührten Falle zählt die christliche Gemeinde 1898, die israelitische Gemeinde hingegen blos 160 Einwohner; die Schule der letzteren soll nun mit 30 — 33 Kindern in dieselbe Klasse gesetzt werden, wie die zehnmal größere der Christen; der Aufwand ist lediglich von der israelitischen Gemeinde, d. h. durch Umlagen auf die einzelnen israelitischen Einwohner zu bestreiten. Diese bilden nur 10 meist unvermögliche Familien, sie erhalten nach Verhältniß der christlichen Bevölkerung zur israelitischen aus der Gemeindekasse den kleinen Zuschuß von 9 Gulden. — Hiebei ist zu erinnern: die israelitischen Gemeinden sind überall von den christlichen Gemeinden abgesondert, wo es sich um Unterstützung zur Bestreitung des Schulbedarfs handelt. Der §. 29 spricht die christlichen Gemeinden von der Aufbringung des Lehrergehaltes unter gewissen Voraussetzungen nach §. 13 — 19 und §. 20 — 24 ganz frei und verpflichtet die Staatskasse zur Uebernahme der ganzen Last, allein den Israeliten kommt diese subsidiäre Wohlthat nicht zu Statten; es überläßt der §. 3 in Verbindung mit §. 11 der Verordnung vom 12. Mai 1837 „die öffentlichen Schulen der Israeliten betreffend“ die Bestreitung des Lehrergehaltes ganz und unbedingt, so weit er nicht durch etwaige Beiträge der politischen Gemeinde oder durch solche aus Fonds gedeckt ist, der israelitischen Gemeinde. — Beiderlei Beiträge sind aber sehr prekär und zufällig, oft auch zu gering, um angeschlagen zu werden. — Die Israeliten haben kein Gemeindevermögen, kein aktives Bürgerrecht, wenigstens die materiellen Vortheile desselben nicht, sie bilden eine abgesonderte Kaste, die vom Genuß wahrer Bürgerrechte fern gehalten ist, auf einmal will man sie aber mit der christlichen Gemeinde zur politischen Einheit machen, wo es sich um Uebernahme einer Last handelt.

So weit wird man aber nicht mit dem §. 5 des Edikts über die Rechtsverhältnisse der Juden vom Jahr 1808 einschreiten dürfen, zur Zeit wenigstens nicht. — Ein Gesetz muß Gleichheit, d. h. verhältnißmäßige Gleichheit verfolgen, wenn es gerecht seyn will. —

Bekanntlich entbehren schon verfassungsmäßig die Israeliten jener Mittel und Rechte, die den christlichen Einwohnern für Bestreitung der Gemeindekosten wesentliche Erleichterung darbieten. Ist es nicht genug, daß die Israeliten diese Rechte entbehren, sollen sie jetzt für eine Schulgemeinde mit der übrigen Gemeinde erklärt werden, um ihrem Lehrer einen gleichen Gehalt bezahlen zu müssen, wie die ungleich stärkere Gemeinde der christlichen Einwohner?!

Nach diesen Andeutungen wäre es wohl zweckmäßig, den §. 81 des Schulgesetzes dahin zu erläutern oder abzuändern, daß für die Klassifikation der israelitischen Schulen die israelitische Bevölkerung allein berücksichtigt und von diesem Maßstabe nur in dem Falle des §. 4 Absatz 3 abgegangen werden dürfe, wenn nach der Größe der Lebensbedürfnisse oder andern örtlichen Verhältnissen räthlich scheint, auch bei geringerer Seelenzahl die Schule in die nachfolgende höhere Klasse zu setzen.

Schmidt.

Anmerkung der Redaktion. — Damit wären wohl die israelitischen Gemeinden mehr erleichtert, den israelitischen Lehrern aber wäre schlecht gedient.

Die Klassifikation der Schulen nach der Seelenzahl des Orts (statt nach jener der Schulgemeinde) beruht auf der Betrachtung, daß in größern Orten auch die Bedürfnisse des Lehrers in der Regel größer sind, als in kleineren Orten.

Bei den Israeliten konnte aber, obschon auch bei ihren Lehrern derselbe Grund vorhanden ist, diese Klassifikation doch nicht allgemein angenommen werden, weil es große Städte gibt, welche (wie z. B. Pforzheim) nur 10 — 15 israelitische Familien zählen, die eine eigene öffentliche Schule haben, aber unmöglich einen Gehalt der höchsten Klasse aufbringen könnten. Hinsichtlich der Israeliten ist daher im §. 81 des Gesetzes verfügt, daß der §. 4 für sie nicht bindend sei. Es wurde die Klassifikation der israelitischen Schulen dem Ermessen der Regierung überlassen, deren Aufgabe es nun ist, das Interesse der israelitischen Gemeinden mit jenem der Lehrer thunlichst zu vermitteln. Aber eben deßwegen kann weder die Seelenzahl des Orts, noch jene der Israelitengemeinde unbedingt als der Maßstab für die Klassifikation gelten. Es werden beide Verhältnisse, überhaupt die lokalen Bedürfnisse des Lehrers, wie die Kräfte der israelitischen Gemeinde zu berücksichtigen seyn.

D. R.

IV.

Ueber die Anwendung des §. 471 der Prozeßordnung und namentlich über die Frage: „Darf der Richter „auf das Unterlassen eines Vorschusses für die „Reise- und Aufenthaltskosten von auswärtigen „Zeugen das Präjudiz androhen, daß Producent, „wenn er den Vorschuß nicht hinterlegt, auf die Ab- „hör dieser Zeugen als verzichtend angesehen werde?"

In Sachen Adam Betzwieser von Neckarhausen gegen Schiffer Peter Schmitt von Haßmersheim, Entschädigungsforderung betreffend.

Der klägersche Anwalt hat im Beweisverfahren mehrere auswärtige Zeugen zur Abhör producirt, worauf ihm durch amtlichen Beschluß vom 29. Dezember v. J. die Auflage gemacht worden, 30 Gulden für Reise- und Aufenthaltskosten der auswärtigen Zeugen zu hinterlegen. Da derselbe dieser Auflage keine Genüge geleistet, so hat der productische Anwalt angerufen, mit dem Antrage, ein Präjudiz unter Anberaumung einer letzten Frist zu setzen. Diesem Antrage wurde dahin deferirt, daß mittelst Beschlusses vom 13. Februar d. J. der klägersche Anwalt die Auflage erhalten, der Verfügung vom 29. Dezember v. J. binnen 14 Tagen um so gewisser zu genügen, widrigenfalls er als verzichtend auf die Abhör der auswärtigen Zeugen betrachtet werden soll.

Gegen dieses prozeßleitende Dekret remonstrirte der producentische Anwalt, indem er vorbringt:

1) „Nicht er, als Anwalt, sondern nur sein Principal, der Kläger, seie schuldig, die Reisekosten zu hinterlegen;"

2) Das angedrohte Präjudiz seie prozeßordnungswidrig, weil in der Prozeßordnung nirgends auf das Unterlassen eines Vorschusses von Reisekosten der Verzicht auf die Abhör der auswärtigen Zeugen angedroht; vielmehr könne nach Analogie des §. 296 der Prozeßordnung kein anderes Präjudiz angedroht und realisirt werden, als daß die Sache, bis zur Hinterlegung der verlangten Summe, auf sich zu beruhen habe.

Hierauf wurde erlassen:

In Erwägung, daß der klägersche Anwalt sich gegen die Verfügung vom 13. v. M. und das dort angedrohte Präjudiz beschwert.

In Erwägung, daß der klägersche Anwalt durch Vollmachtsvorlage sich zu den Akten legitimirt und deßhalb das Gericht seine Verfügungen nur an ihn erlassen kann und daher der Bevollmächtigte der richterlichen Auflage zu genügen hat, gleichviel, ob er derselben aus eigenen Mitteln entspricht, oder durch jene seines Principalen, weil der Bevollmächtigte, vermöge seines Mandatsverhältnisses zu seinem Principalen, niemals aus eigenem Recht oder eigener Verbindlichkeit, sondern immer nur aus jenem seines Vollmachtgebers handelt und handeln kann, daher die Einsprache des producentischen Anwalts, als seie er nicht schuldig, die Reisekosten vorzuschießen, als unbegründet erscheint.

Erwägend, daß nach §. 471 der Prozeßordnung der klägersche Producent die Reise- und Aufenthaltskosten der auswärtigen Zeugen vorschießen muß und deren Beischaffung Pflicht des prozeßleitenden Richters ist, ohne daß deßhalb die Gegenpartei darauf anzutragen hat, um erst hierauf und vermöge des Antrages den Vorschuß zu decretiren, daher auch der von dem producentischen Anwalte analog angeführte §. 296 der Prozeßordnung hier keine Anwendung findet.

Erwägend, wenn eine Partei eine Pflicht hat, eine Prozeßhandlung vorzunehmen, so muß auf deren Unterlassung ein Rechtsnachtheil gesetzt werden können, weil nur beide Parteien im gemeinschaftlichen Einverständniß das Ruhenlassen des Prozesses durch gleichzeitige Unthätigkeit belieben können, aber nicht eine Partei für sich allein, wie es hier Producent will, während der Beklagte, Produkt thätig ist und durch Anrufen den Prozeß betreibt.

Erwägend, wenn der Vorschuß des Producenten nach §. 471 der Prozeßordnung die Bedingung ist, unter welcher Voraussetzung die Zeugen der Richter nur abzuhören hat, so muß auf das Unterlassen des Vorschusses der Verzicht als nothwendige Folge erscheinen und das Androhen eines Präjudizes, welches natürliche Folge einer correspondirenden Pflicht des Beweisführers ist, liegt in der Amtsgewalt des prozeßleitenden Richters, ohne daß deßhalb gerade ein ausdrückliches Präjudiz in der Prozeßordnung für diesen Fall vorgeschrieben zu seyn braucht. — Aus diesen Gründen wurde die Einsprache gegen das prozeßleitende Dekret vom 13. Februar und gegen das in solchem angedrohte Präjudiz verworfen.

Amtsassessor Falleisen.

V.

Injurie eines Staatsbeamten gegen einen in Dienstbeziehung zu ihm stehenden Gemeindsbeamten.

Amtsrevisor X. wurde von Rathschreiber Z. wegen einer dem Letztern in einem Dienstberichte zugefügten Ehrenkränkung von dem betreffenden Hofgerichte zu einer Geldstrafe von 75 fl. verurtheilt, und recurrirte an den obersten Gerichtshof, welcher das hofgerichtliche Urtheil bestätigte. — Die interessante Frage: In wie weit von einem Beamten

in einem Dienstberichte eine Injurie gegen einen Untergebenen verübt werden könne? — — wurde in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ausführlich erörtert, wie folgt:

„Man müßte den Vortrag solcher Beschuldigungen für ein Wagstück halten, wenn man nicht aus der Vertheidigung des Beklagten entnähme, daß er der Meinung sei, man könne in Dienstberichten gegen Dienstuntergeordnete alles sagen, ohne wegen einer Ehrenkränkung in Anspruch genommen zu werden, er wiederholt dieses oft in den Verhandlungen und trägt insbesondere vor:

„„das Ehrenkränkungsgesetz sage kein Wort davon, daß
„„der Vorstand einer Staatsstelle in Anklagestand versetzt
„„werden könne, wenn er in seinen Dienstberichten auf
„„Verhältnisse aufmerksam mache, welche zur Förderung
„„des Geschäftslebens abgestellt zu werden verdienten.“

„Es ergibt sich hieraus klar, daß der Recurrent in der irrigen Meinung lebt, als habe der Vorsteher einer Staatsstelle die Befugniß, das Wirken eines Staatsdieners außer seinem Dienstberufe zum Gegenstand seiner Bewachung zu machen, sobald er glaube, daß solches der Förderung der Dienstgeschäfte hinderlich seyn könne. Eine solche Bewachung steht ihm aber so lange nicht zu, als der Staatsdiener sich keiner Dienstvernachläßigung schuldig macht, und durch ein unsittliches Betragen den ihm anvertrauten Dienst nicht beeinträchtigt. Nur in so fern ein oder der andere Fall eintritt, kann sich der Vorsteher einer Staatsbehörde mit Recht berufen fühlen, eine Anzeige an die höhere Staatsbehörde zu machen, wenn seine vorhergegangenen Ermahnungen an getreue Pflichterfüllung fruchtlos bleiben. Noch weit irriger aber ist der Wahn des Recurrenten, als seien dergleichen, in einer beabsichtigten Geschäftsbeförderung erstatteten Berichte kein Gegenstand für die Publicität, worunter er das versteht, daß solche für denjenigen, den sie betreffen, ein Geheimniß bleiben müßten. Alle derartigen Berichtserstattungen, wenn sie auch sonst ganz unschuldiger Natur sind, schwächen das Vertrauen der höhern Behörden auf die getreue Pflichterfüllung des Dieners, und können unter gewissen Umständen demselben einen von dem Berichtserstatter vielleicht nicht einmal beabsichtigten Nachtheil hervorbringen. Sie dürfen nur als Strafmittel für unbeachtet gebliebene Abmahnungen gegen dienstwidrige Handlungen angeordnet werden, nie dürfen sie aber für das betreffende Individuum ein Geheimniß bleiben.“

„Der Recurrent hat also ganz unrecht, wenn er dem Amte sogar einen Vorwurf darüber macht, daß es die Pfandschreiberei von seinem Berichte in Kenntniß setzte, und wenn er in dem von ihm vorgeschützten Dienstgeheimnisse eine Rechtfertigung gegen die ihm zur Last liegende Ehrenkränkung des Klägers finden will.“ — —

Kirn.

VI.

H. R. S. 52 und Prozeßordnung §. 207

enthalten offenbar eine Antinomie, indem der Erstere sagt:

Gegen ein schiedsrichterliches Urtheil kann stets appellirt werden, außer wenn auf die Appellation verzichtet wurde,

der Letztere aber bestimmt:

Gegen ein schiedsrichterliches Urtheil kann nie appellirt werden, außer wenn die Appellation im Schiedsvertrag vorbehalten wurde.

Sohin wäre H. R. S. 52 nach den Bestimmungen des L. R. S. 6 c. aus dem Gesetzbuche zu streichen.

Dr. Hecker.

Anmerkung. Zwischen dem Satz 52 des Handelsrechts und dem §. 207 der Prozeßordnung besteht sicher kein Widerspruch. Jener bezieht sich nämlich auf schiedsrichterliche Urtheile in Streitigkeiten zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten; dieser hingegen handelt von schiedsrichterlichen Urtheilen in Rechtsstreitigkeiten zwischen anderen Personen in allen Sachen, welche die Prozeßordnung (in den §§. 190 und 91) nicht von der schiedsrichterlichen Entscheidung ausnimmt. Jeder Streit zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten muß (nach Satz 51) durch Schiedsrichter entschieden werden, während in anderen Privatrechtsstreitigkeiten den Betheiligten (nach den §§. 187 — 89 der Prozeßordnung) die Wahl zusteht, sie durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen. Im ersten Falle ist es Gebot, im zweiten dagegen Befugniß der Parteien. Der Satz 52 des H. R. und der §. 207 der Prozeßordnung bestehen also in voller Kraft neben einander. Die allgemeinen Verfügungen der Prozeßordnung heben die besonderen Bestimmungen des Handelsrechts nicht auf. L. R. S. 6 c. Der Satz 52 kann aber auch darum nicht aus dem Handelsrechte gestrichen werden, weil der §. 215 der Prozeßordnung ausdrücklich verordnet, daß die Verfügungen des VI. Titels nur in so weit auch in Streitigkeiten von Handelsgesellschaften in Gesellschaftsangelegenheiten gelten, als sie mit den im Handelsrechte enthaltenen Bestimmungen nicht im Widerspruche stehen. Das Handelsrecht soll hiernach der Prozeßordnung in gedachter Beziehung vorgehen. Von einer Antinomie wird folglich nicht wohl die Rede seyn können. Annalen, vierter Jahrgang, Nr. 44, S. 264, §. 4.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 17. Karlsruhe den 28. April 1838.

I.

Rechtsfall, die Konfiskation erst künftig anfallenden Vermögens betreffend.

In Sachen des Großherzoglichen Fiskus, Klägers, Appellanten, gegen die Remigius Bauerschen Erben zu Stockach, Beklagte, Appellaten, Forderung betreffend, erkannte der Gerichtshof des Seekreises durch Urtheil vom 8. November 1837.

„Das Urtheil des Amtes Stockach vom 6. April l. J., besagend:

„Der Kläger sei mit seiner Klage abzuweisen, unter Verfällung desselben in die Prozeßkosten," —

sei dahin abzuändern:

„Die Beklagten seien schuldig, an dem elterlichen Vermögen des Joseph Bauer den Betrag von 314 fl. 10 kr. sammt Zinsen zu 5 Procent vom Todestage des Remigius Bauer binnen vier Wochen bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung an den klagenden Fiskus zu bezahlen und sämmtliche Kosten beider Instanzen zu tragen." —

Im Wesentlichen stützte der Gerichtshof diese Entscheidung auf folgende Gründe:

„Der Großherzogliche Fiskus fordert an die Beklagten das dem Joseph Bauer — dieser ist ein Bruder der Beklagten — von der Verlassenschaft seiner Eltern, der Remig Bauerschen Eheleute zugefallene Vermögen sammt Zinsen vom Todestage des Remig Bauer an, und stützt die deßfalls erhobene Klage auf die Thatsachen:

1) daß alles Vermögen desselben durch Erkenntniß vom 29. August 1816 wegen Desertion für konfiscirt erklärt worden sei;

2) daß das ererbte väterliche Vermögen im Betrag von 555 fl. 26 kr., nach Abzug des einwurfspflichtigen Vorempfangs von 241 fl., noch in 314 fl. 10 kr. bestehe und dieses sich im Besitze der Beklagten befinde."

„Nach dem Gesetze vom 29. September 1808 §. 13 (Regierungsblatt Nr. 31) ist das Vermögen eines Deserteurs ohne weiters für die Staatskasse konfiscirt, solches mag angefallen oder zu erwarten seyn. — Da jeder Gläubiger in Gemäßheit des L. R. S. 1166 alle Rechte und Klagen seines Schuldners zu seiner Befriedigung geltend machen kann, und die Beklagten zugeben, daß sie sich als Miterben seit dem Tode der Remig Bauerschen Eheleute in den Besitz des Vermögens derselben gesetzt haben, so ist die Klage des Fiskus als Gläubiger des Joseph Bauer sowohl in Beziehung auf das Vermögen, als auch rücksichtlich der Zinsen vom Tage des Erbfalls an thatsächlich und rechtlich begründet. L. R. S. 777."

„Die Strafe der Konfiskation ist auch durch das allegirte Erkenntniß vom 29. August 1816 und die Richtigkeit der Erbsportion des Joseph Bauer durch die elterliche Theilung vom 25. September 1832 und die zu Grund gelegte Vermögensbeschreibung nachgewiesen, der thatsächliche Klaggrund somit auch erwiesen."

„Die Beklagten haben indessen geläugnet, daß der Deserteur Joseph Bauer zur Zeit der Erbschaftseröffnung noch gelebt habe *), und darauf gestützt, behauptet, daß der Kläger, welcher ein eigenes Recht aus dem Anfalle an eine solche Person ableite, deren Daseyn nicht anerkannt sei, zufolge des L. R. S. 135 zuvörderst den Beweis zu führen habe, daß diese Person in dem Zeitpunkt noch lebte, da das Recht ihr eröffnet wurde, und daß die Klage, da dieser Beweis nicht geliefert worden, verwerflich sei."

„Allein diese Einsprache ist nicht begründet." —

„Alles Vermögen des Joseph Bauer war dem Fiskus nach Artikel 6 des Gesetzes vom 29. September 1808 schon mit dem Erkenntnisse auf die Konfiskation verfallen, ohne daß es bei dem einstigen wirklichen Anfalle noch einer besondern Kundschaftserhebung oder eines Verfahrens über die Gewißheit seines Lebens bedurfte, und den Eltern blieb an dem Antheile desselben, welcher auch sogleich ausgeschieden wurde, nur die Nutznießung." —

Bemerkung des Einsenders.

Dieses Urtheil beschwert meines Erachtens die Beklagten

*) Die Eltern des Joseph Bauer starben nämlich erst im Jahr 1825.

in hohem Grade; wegen Mangels der oberappellabeln Summe kann aber ein weiteres Rechtsmittel dagegen nicht mehr Platz greifen.

Wenn das Gesetz vom Jahr 1808 (Regierungsblatt Nr. 31) verordnet, „daß das Vermögen eines Deserteurs ohne weiters für die Staatskasse konfiscirt sei, solches möge angefallen oder zu erwarten seyn," so räumt es damit dem Staate keine weitern Rechte als die ein, daß er das Vermögen, welches der Deserteur zur Zeit der Desertion besaß, sogleich, und jenes, welches er künftighin noch erwirbt, mit geschehener Erwerbung diesem nehmen darf.

Die Klage des Fiskus gegen die Beklagten als Besitzer der Hinterlassenschaft der Eltern des Deserteurs ist daher nur unter der Voraussetzung statthaft, daß dieser den Tod seiner Eltern überlebte, weil ja nur dann von einem Erbanfalle an den Deserteur, also von einer Rechtserwerbung desselben an dem Vermögen, aus dem die elterliche Hinterlassenschaft bestund, die Rede seyn kann. L. R. S. 725.

Als Lebender, resp. Ueberlebender wird aber nach erbrechtlichen Bestimmungen zufolge L. R. S. 112 und 115 nur der angesehen, von dem man zur Zeit des Erbanfalls weiß, wo er ist, und hingekommen, — dessen Daseyn anerkannt ist.

Daher bestimmt der L. R. S. 136, daß eine erledigte Erbschaft, wozu eine Person gerufen ist, deren Daseyn nicht anerkannt ist, ausschließlich Jenen zufällt, mit denen er sie zu theilen gehabt hätte.

Da die Beklagten nun nicht anerkannt haben, daß ihr Bruder, der Deserteur, den Tod ihrer Eltern überlebt habe, so hätte der Kläger, dem die Nachweisung des Gegentheils nach L. R. S. 135 obgelegen, weil er diesen Beweis nicht zu liefern vermochte, mit seiner Klage offenbar abgewiesen werden sollen, da die Voraussetzung ihrer Rechtsbeständigkeit, „daß der Deserteur seine Eltern überlebte," beweislos dasteht.

Die Bestimmung im Gesetze vom Jahr 1808, welche sagt:

„Die Eltern des Deserteurs können weder zu seinem Vortheile noch zu seinem Nachtheile über ihr Vermögen disponieren, es wird ihnen inventirt und die Erbportion des Deserteurs ausgemittelt, den Eltern bleibt das Vermögen zur Nutznießung," —

und rücksichtlich welcher Bestimmung der Gerichtshof hauptsächlich annahm, daß der Kläger berechtigt sei, den Erbtheil des Deserteurs für sich anzusprechen, wenn dieser seiner Eltern Tod auch nicht überlebt habe, kann, weil sie durch den §. 6 des Gesetzes vom 14. Mai 1809 — die Bestrafung der Ausreißer betreffend — aufgehoben wurde, gar nicht als Quelle der Entscheidung benützt werden.

Wenn man aber betrachtet, daß die angeführte Bestimmung durch das Gesetz vom Jahr 1809 auf Anfrage über den Geist und Sinn des Gesetzes vom Jahr 1808 aufgehoben wurde, so muß man annehmen, daß mit jener Bestimmung ursprünglich ein Anderes nicht, als ich oben behauptet und jedenfalls mehr nicht gewollt wurde, als daß die Eltern eines Deserteurs einen bestimmten Theil ihres Vermögens nicht zu veräußern befugt seyn sollen, weil dieser mit ihrem Tode dem Deserteur gehören würde, dessen Vermögen aber dem Staate anheimgefallen sei.

Damit aber war noch nicht ausgesprochen, daß dieser Theil dem Staate auch zufallen solle, wenn der Deserteur den Tod seiner Eltern nicht überlebe, es kann solches aus den Worten dieser Bestimmung nicht entnommen und darf ihnen um so weniger unterlegt werden, als durch eine solche Auslegung die Rechte Dritter verletzt würden.

Würth.

II.

Ueber Beiladung eines Dritten zum Rechtsstreit.

(Nachtrag zu dem Aufsatze in Nr. 8, Ziffer 3 der Annalen, Jahr 1838.)

Zur näheren Begründung des vor längerer Zeit niedergeschriebenen, durch Verspätung erst in obiger Nummer dieses Jahrganges erschienenen Versuches erlaubt sich der Verfasser nachträglich, Einiges beizufügen:

Wirft man zuerst einen Blick auf das Geschichtliche der Lehre von der Beiladung, so ergibt sich Folgendes:

Die Beiladung eines Dritten zum Rechtsstreite (Adcitation) war dem formgebundenen altrömischen Rechte unbekannt und wurde erst in neuerer Zeit durch Praktiker, zum Theil unter Berufung auf die in Novelle 99 für Correalverhältnisse gegebene vage Bestimmung, in den gemeinen deutschen Prozeß eingeführt. Wie immer bei der Hervorbildung eines neuen Institutes, wurden schroff entgegengesetzte Meinungen darüber laut. Während man auf der einen Seite die Beiladung in einer mit den Grundlagen des deutschen Prozesses nicht vereinbaren Allgemeinheit (als nothwendige Intervention) von Amtswegen erlassen zu dürfen glaubte (wie z. B. Danz, Grundsätze des ordentlichen bürgerlichen Prozesses, erste Ausgabe §. 472. Gönner, Handbuch des Prozesses, B. 2, Nr. 29. Bad. Obergerichtsord. §. 123), suchte man sie von der andern Seite als zweck- und regelwidrige Neuerung ganz zu verbannen, wie z. B. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 295, verglichen mit Martin und Walch, Magazin für den bürgerlichen Prozeß, I, 1, S. 33, wo wenigstens der Verwerfung der Adcitation keine Beschränkung beigefügt wird.

Eine dritte Ansicht, welche die rechte Mitte hält (im löblichen Sinne des Wortes) und in die neue badische Prozeßordnung übergegangen ist, läßt die Beiladung nur

auf Antrag der Betheiligten in dem Falle zu, wenn der Beizuladende mit Einem der Streitenden in einer Art von juristischer Personeneinheit, oder m. a. W. in dem in Prozeßordnung §. 118 bezeichneten Verhältniß steht.

Vergleiche Grolmann, Theorie des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, §. 160. Gensler, Commentar zu Martins Civilprozeß, §. 295. Mittermaier im Archiv für civilistische Praxis, B. 3 S. 31 ff. Linde, Civilprozeß §. 113.

Die Unzuläßigkeit einer Beiladung von Amtswegen hat Mittermaier a. a. O. auf das Ueberzeugendste dargethan. Eine solche Beiladung würde die Verhandlungsmaxime überhaupt und den abgeleiteten Grundsatz, daß Niemand zum Klagen gezwungen werden kann, tief verletzen. Da es nun unverkennbar Fälle gibt, wo die Beiladung als wirkliches Rechtsbedürfniß erscheint, so wird wohl die letzte obiger Ansichten mit Recht und auf die Dauer den Sieg behaupten.

Wendet man aber den Blick auf das Praktische der Lehre von der Beiladung, so ist für Baden in Prozeßordnung §. 118 ein sicherer Haltpunkt gegeben. Dieser §. enthält jedoch nur eine allgemeine Bestimmung, und es zeigen sich bei deren Anwendung von verschiedenen Seiten aus Bedenken. Da man in den dem Praktiker zur Hand liegenden Werken prozessualischen Inhalts hierüber nicht genügende Aufklärung erhält, so darf ein Versuch zur Beseitigung einiger dieser Bedenken, wenn er auch gewagt und mangelhaft erscheinen mag, auf Nachsicht Anspruch machen.

Es ergeben sich nämlich hauptsächlich folgende Fragen:

I. Wie hat die Beiladung zu geschehen?

Die Beifügung eines Rechtsnachtheils für den Fall des Ausbleibens wird wohl nicht zuläßig seyn; denn einmal enthält die Prozeßordnung keine deßfallsigen Bestimmungen, weder ausdrücklich noch der Sache nach, (implicite) somit kann schon nach Prozeßordnung §. 653 und 1152 ein Ungehorsamsverfahren auch nicht eintreten; sodann würde die Androhung eines Rechtsnachtheiles nach der Natur des in Prozeßordnung §. 118 (abgesehen vom Falle der Streitverkündung) geforderten Verhältnisses gar nicht thunlich seyn, da der Beizuladende kein selbstständiges Interesse hat, vielmehr mit einem Theile in s. g. Personeneinheit *) steht. Ein solcher Rechtsnachtheil würde von der Art seyn, daß er nicht diejenige Person träfe, die damit bedroht wurde und ungehorsam ausblieb, sondern eine der streitenden Partien, ja in einigen Fällen (im zweiten und theilweise im dritten der unten zu bezeichnenden Fälle) würde er gar nicht denkbar seyn.

Es erscheint auch die Nothwendigkeit der Beifügung eines Rechtsnachtheiles hauptsächlich nur im Gefolge derjenigen Ansicht, wornach eine Beiladung von Amtswegen zuläßig ist, obwohl auch Grolmann a. a. O. ein Contumacialverfahren für statthaft erklärt, ohne sich jedoch über die Art und Weise desselben näher auszusprechen. Ein derartiges Verfahren dürfte jedenfalls mit den Grundsätzen der badischen Prozeßordnung nicht in Einklang zu bringen seyn.

Wie hat nun aber die Beiladung zu geschehen? — Sie wird immer als monitorische Ladung zu erlassen seyn, übrigens im Falle des Ausbleibens je nach Verschiedenheit der Fälle auch verschiedene Folgen nach sich ziehen, wie unter II. zu zeigen ist. Zugleich wird dem Beizuladenden nach der Rechtsähnlichkeit anderer Ladungen, deren Anwendung hier nichts im Wege liegt, eine Abschrift der bisherigen Vorträge zu behändigen seyn, so zwar, daß nach Ermessen des Richters zur Verhütung weitläufiger Schreibereien geeigneten Falls die Gestattung der Acteneinsicht dafür eintreten kann, da kein Gesetz dagegen, die Zweckmäßigkeit aber dafür ist.

II. Hat aber die Beiladung hienach noch einen Rechtserfolg, wenn es im Belieben des Beigeladenen liegt, ihr Folge zu leisten oder auch nicht?

Die Bejahung dieser Frage ergibt sich aus der Betrachtung der in dem anfangs erwähnten Versuche in Nr. 8 der Annalen 1838 aufgeführten Fälle:

1) In dem ersten dieser Fälle (bei welchem übrigens vorausgesetzt wird, es werde von Seiten des Bäckermeisters A anerkannt, daß seine Ehefrau im Allgemeinen zum Empfang der jeweiligen Zahlungen ermächtigt ist) kann man mit Grund erwarten, daß die Ehefrau des A, wenn sie nicht zum Geschlecht der muthwilligen Prozeßführer gehört, der Ladung Folge leisten werde. Die Beiladung macht daher jedenfalls die Erledigung der fraglichen Rechtsstreitigkeit auf einfacherem Wege möglich und, je nach dem Charakter der bezüglichen Person, auch wahrscheinlich, ohne daß gegen die Hauptgebote eines wohlgeordneten Verfahrens gesündigt wird. Schon hierdurch ist viel gewonnen. — Erschiene dagegen im obigen Falle die Ehefrau nicht, so würde der Rechtsstreit zwischen A und B ohne Mitwirkung der Ersteren so gut als möglich durchgekämpft werden und sodann der durch den Nichtbeitritt der Ehefrau unterliegende B gegen diese wegen Rückersatzes der empfangenen 100 fl. und der Kosten des Vorprozesses eine besondere Klage auf den Grund der Thatsachen richten müssen, daß sie damals die Zahlung für ihren Ehemann angenommen hat und dann auf die an sie ergangene Beiladung nicht erschienen ist, ungeachtet es auf offener Hand lag, daß sie hiedurch den B rechtswidrig (nämlich zwar nicht prozeßrechtswidrig, aber civilrechtswidrig, cf. L. R. S. 1382 a) in Schaden bringen würde. Hierbei könnte sich sodann der B der Eideszuschiebung bedienen. Daß eine solche Klage zuläßig ist, möchte keiner weitern Begründung bedürfen; ihre Nichtzulassung würde eine offenbare Ungerechtigkeit enthalten.

In dem vorliegenden Falle hatte zwar der B seinen Rückgriff gegen die Beigeladene zu richten, Grund zu einer eigentlichen Streitverkündung war jedoch in dem Vorprozeß nicht vorhanden, weil die Ehefrau nicht beigeladen wurde, um sich an B, vielmehr um sich an ihren Ehemann A anzuschließen, und weil sie erst durch die Thatsache des

*) Dieser wohl nicht ganz sinngemäße Ausdruck, den die Prozeßordnung umgangen hat, wird hier blos der Kürze wegen gebraucht.

Nichterscheinens auf die Beiladung dem B gegenüber in ein eigenthümliches Verhältniß der Haftbarkeit trat.

2) Etwas anders verhält sich die Sache in dem zweiten der oben bezeichneten Fälle. Dort hängt es zwar in jeder rechtlichen Beziehung (prozeßordnungsmäßig und civilrechtlich) lediglich von dem beigeladenen Geschenkgeber ab, ob er erscheinen und die verlangte Handlung vornehmen will, ohne daß der Geschenknehmer sich weiter an ihn halten kann (es müßte denn ausnahmsweise besonders bedungen seyn); demungeachtet hat die Beiladung ihren guten Zweck, nämlich den, dem Geschenkgeber Gelegenheit zu geben, auf kürzestem Wege dem Geschenknehmer die nöthige Rechtsbeihilfe zu gewähren, was er zu Gunsten eines nicht undankbaren Geschenknehmers auch gerne thun wird.

3) Der dritte Fall, welcher sich auf die Beiladung des Cedenten bezieht, würde dem ersten oder zweiten Falle gleichstehen, je nachdem Grund zur Streitverkündung vorläge, oder nicht, welches Letztere z. B. Statt finden könnte, wenn ausnahmsweise bedungen wäre, daß der Cedent für das rechtliche Vorhandenseyn der übertragenen Forderung nicht hafte.

Drei weitere hieher gehörige Fragen beantworten sich kürzer, nämlich:

III. Wer kann auf die Beiladung antragen?

Sie kann nach dem Wortlaut der Prozeßordnung §. 118 („auf Anrufen einer Partei") und nach der Natur der Sache von jedem Theile verlangt werden, aber:

IV. Mit welchem Theile muß der Beizuladende in dem fraglichen Einheitsverhältniß stehen?

Die Antwort wird die seyn: Mit einem von beiden Theilen, sei es der die Beiladung Verlangende selbst (wie im zweiten und dritten der obigen Fälle) oder sein Gegner (wie im ersten Falle, sowie in dem Falle, wenn die Beiladung des Gewalthabers des Gegentheils zum Behuf der Eidesleistung verlangt würde, womit der in Prozeßordnung §. 611 bezeichnete Fall nicht zu verwechseln ist). Die Prozeßordnung §. 118 sagt nämlich schlechthin „mit einer Partei", nicht aber „mit derselben Partei", und diese Auslegung entspricht auch der Natur der einzelnen Fälle. — Die letzte Frage:

V. Wann muß die Beiladung bewirkt werden? kann allgemein dahin beantwortet werden, daß dieß zu jeder Zeit noch Statt finden kann, wo die durch den Dritten vorzunehmende Handlung prozeßordnungsmäßig noch zuläßig erscheint, also früher oder später, je nachdem abgekürztes oder ordentliches Verfahren vorgeschrieben, und je nachdem die fragliche Handlung eine einfache Erklärung oder die Eidesleistung etc. ist. (Conf. Prozeßordnung §. 571.)

Eduard Brauer.

III.

Ueber Feilschaft oder Verportirung falscher Münzen.

Obwohl der Artikel 111 der Halsgerichtsordnung dieses Verbrechen mit dem Feuertode bedroht, so wollen doch einige Criminalisten, wie Martin, Wächter und Abegg mit Leyser in den späteren Reichsgesetzen (R. Münzordn. von 1559, §. 160 a. E. — R. Abschied von 1566 §. 167 und Münzedikt von 1759 Nr. 4) die Andeutung finden, daß die Strafe des Feuertodes nur dann eintreten soll, wenn mit dem Auswechseln und Ausgeben falscher Münzen ein Gewerb getrieben worden ist. Damit wollen aber diese Schriftsteller keineswegs sagen, daß zum Thatbestande der Feilschaft ein gewerbmäßiges Einsammeln und Ausgeben falscher Münzen erforderlich; sie halten vielmehr nur, in Ermanglung dieses Momentes, die Todesstrafe nicht für anwendbar. Uebrigens hat der Streit darüber, abgesehen davon, daß nirgends bestimmt ist, was unter gewerbmäßigem Einwechseln und Ausgeben falscher Münzen zu verstehen sei? in so fern alles Interesse verloren, als die Feilschaft längst nicht mehr mit dem Tode bestraft wird.

Für Baden insbesondere gilt nur noch die Halsgerichtsordnung mit den im achten Organisationsedikt verzeichneten Regeln der milderen Praxis. Von Anwendung der oben inklavirten Reichsgesetze kann also hierlands keine Rede seyn, weil sie jünger als die Halsgerichtsordnung sind. Das Edikt setzt aber im §. 47 lit. e auf das Verportiren falscher Münzen nur zeitliche Zuchthausstrafe von 5, 3 und 2 Jahren, je nachdem der Schaden zwölf Gulden, oder weniger, jedoch mindestens sechs oder darunter beträgt. Dieses Gesetz, welches wohl nicht von der Unterstellung ausgehen mochte, daß man zum Hohn der Polizeiaufsicht im Lande die Verbreitung falscher Münzen als ein Gewerbe treiben könne, verlangt zum Thatbestande der Feilschaft nur gewinnsüchtige Absicht und Benachtheiligung eines Dritten. Daraus geht aber hervor, daß schon das Ausgeben einer einzelnen falschen Münze als Feilschaft zu bestrafen sei. Das Ausgeben mehrerer Stücke oder größerer Sorten hingegen gehört nicht zum Wesen des Verbrechens, da die Summe des Ausgegebenen nur das Maß der Strafe bestimmt. Man würde daher ohne Zweifel dem Wortlaute und Geiste des Edikts zuwider entscheiden, wenn man z. B. das Ausgeben von 200 falschen Groschen als gewerbmäßigen Vertrieb zwar mit Zuchthaus von 2 Jahren, dagegen das Ausgeben eines unechten Goldstücks im Nennwerth von 22 Gulden blos als Münzbetrug mit bürgerlichem Gefängniß von beiläufig 2 Wochen bestrafen wollte. Von diesem Gesichtspunkte ist das Großherzogliche Hofgericht des Unterrheinkreises in folgendem Falle ausgegangen.

Carl Friedrich Neumann aus Angerburg in Preußen, welcher sich als Handwerksgeselle auf der Wanderschaft befindet, hatte gegen Ende des vorigen Jahrs in Worms einen falschen Kronenthaler für 35 kr. angekauft, in der Absicht, denselben mit Vortheil wieder auszugeben. Er gab denselben auch wirklich in Heidelberg aus, wozu er sich einer mit der Beschaffenheit des Thalers nicht vertrauten Mittelsperson bedient hat, um eine Wurst für 8 kr. einzukaufen, welche sie mit einander theilen wollten. Obgleich der Wurstler schon bei der Uebergabe den Thaler als falsch erkannte und sich nicht wirklich betrügen ließ, so wurde doch das Verbrechen der Feilschaft mit dem Ausgeben der falschen Münze als vollendet angesehen und demzufolge, weil der wahre Werth des Metalls nur 6 kr. betrug, durch Urtheil vom 16. Februar l. J. eine zweijährige Zuchthausstrafe nebst Landesverweisung gegen den Inculpaten ausgesprochen.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 18. Karlsruhe den 5. Mai 1838.

I.

Bedarf eine minderjährige Ehefrau zu allen jenen Rechtsgeschäften, die Gewaltsentlassene nicht vornehmen dürfen, außer der Einwilligung des Ehemannes, noch nebenbei der obervormundschaftlichen Genehmigung?

Das Gesetz vom 28. August 1835 und die Justizministerialbelehrung im Anzeigeblatt vom 12. Januar 1836 haben über die obige Frage verschiedene Ansichten hervorgerufen, und erst vor wenigen Tagen ist mir eine amtliche Verfügung zu Gesicht gekommen, die einem anfragenden Gemeinderathe, lediglich mit Bezugnahme auf das oben allegirte Gesetz und die damit in Verbindung stehende Instruction, die kategorische Belehrung ertheilt, daß minderjährige Ehefrauen zu keinem Rechtsgeschäfte, als Veräußerung und Verpfändung von Liegenschaften u. s. w., der obervormundschaftlichen Ermächtigung mehr bedürften.

Die Amtsrevisorate divertiren ebenfalls in ihren Ansichten hierüber, und da diese Sache von der größten Wichtigkeit ist, so dürfte es gerechtfertigt erscheinen, hierfür einige Worte niederzulegen.

Das eheliche Verhältniß hat unter Anderem die gänzliche und ungetheilte Gemeinschaft des Lebens beider Ehegatten zum Zweck. Die Ehe ist in dieser Hinsicht ein, von dem Gesetze besonders sanctionirtes, Gesellschaftsverhältniß, bei welchem es nothwendiger Weise, um den wesentlichen Zweck zu erreichen, die hierfür erforderlichen Mittel wählen und bestimmt vorschreiben mußte. Ein schlechthin unerläßliches Mittel hierfür ist aber Einheit in Handlungen, die der Zeit und ihren Verhältnissen angehören, und diese ist nicht anders zu erzielen, als durch einen obersten Willen.

In der Ehe herrscht in Bezug auf diese Verhältnisse der Wille des Mannes, kraft Gesetzes, und es ist hiermit, als nothwendige Folge, die unbedingte Handlungsbefugniß der Ehefrau von selbst ausgeschlossen. Jede Verfügung über einen Vermögenstheil der Eheleute muß also, mindestens genehmigend, von dem Ehemanne ausgehen *); demnach muß nicht gerade unmittelbar jede Handlung durch ihn, sondern sie kann auch mittelbar geschehen, weil der Zweck, wie auf die eine, so auch auf die andere Art, gleichmäßig erreicht wird. (L. R. S. 1419, 1420).

Hierauf beruht das ganze Verhältniß zwischen Mann und Weib, und sobald eine Frauensperson in die Ehe tritt, muß sie ihre Verfügungsgewalt dem Zweck der Ehe zum Opfer bringen.

Ermächtigt nun aber der Ehemann seine Ehefrau zu irgend einem Rechtsgeschäfte, so ist hiermit dem, was die Ehe Beschränkendes für sie hat, genügt, und sie befindet sich dann in der Lage, für ihre Person handeln zu können, welche dann auch allein in Betracht gezogen werden muß.

Die Gewalt des Mannes gehört der besonderen Natur des Eheverhältnisses seiner Objectivität nach an und reflectirt auf die subjectiven Eigenschaften der Ehefrau durchaus nicht. Eine minderjährige Ehefrau wird weiter, als das Gesetz es bestimmt (L. R. S. 476) durch die Ehe so wenig emancipirt, als diese eine capitis deminutio für die großjährige zur Folge hat, sofern dieß nicht für einzelne Fälle durch das Gesetz absolut bestimmt ist.

So oft also eine Ehefrau mit Bewilligung ihres Ehemannes, demnach von dem letztern abgesehen, für sich handeln soll, muß sie für ihre Person auch jene Eigen-

*) Vorbehaltlich der Abweichungen, die das Gesetz in Bezug auf dasjenige Vermögen anerkennt, welches die Ehefrau in Nichtgemeinschaftsehen bei dem Gedinge völliger Absonderung nach S. 1536, oder welches sie in Dotalehen als zugebrachtes Gut nach S. 1576 selbst zu verwalten hat.

Dieses Vermögen hat die Ehefrau nicht nur selbst zu verwalten, sondern sie hat auch über die Einkünfte frei zu verfügen. Im Falle des S. 1536 ist sie hinsichtlich der Verfügung selbst über die Substanz ihres Vermögens in nichts beschränkt, als daß sie ihre Liegenschaften ohne Ermächtigung des Mannes oder des Gerichts nicht veräußern kann.

Eheverträge dieser Art (S. 1536 — 1539 a. und S. 1540 u. ff.) sind aber bei uns eine höchst seltene Erscheinung. D. R.

schaften besitzen, die das Gesetz als Bedingung für eine rechtsgiltige Handlung vorschreibt; denn die Einwilligung des Ehemannes ist nur die Vollmacht, sie kann keine Rechtsfähigkeit geben und auch Rechtsunfähigen nicht ertheilt werden.

Rechtsfähig zum Handeln sind unter Anderen aber nur großjährige Personen, die nämlich, welche das 21ste Lebensjahr zurückgelegt haben, während Minderjährige für sich nicht handeln können, sondern durch Vormundschaft vertreten werden müssen. Vor dem 28. August 1835 war aber besonders noch die Geschlechtsverschiedenheit der großjährigen Personen für ihre bedingte oder unbedingte Rechtsfähigkeit von Bedeutung, indem großjährige Frauenspersonen, um giltig contrahieren zu können, einen für sie besonders verpflichteten Beistand zur Seite haben mußten und ebenso die Gewaltsentlassenen, so weit sie als großjährige galten, (L. R. S. 515 und flgd. und Gesetz vom 11. Juni 1789). Tritt nun aber eine Frauensperson in die Ehe, so erfuhr ihre persönliche Rechtsfähigkeit noch eine weitere Beschränkung für zwei Fälle, wenn sie nämlich die Sammtverbindlichkeit für eine Gemeinschaftsschuld übernehmen, oder aber ihr Eigenthum zur Bezahlung der Schulden ihres Ehemannes veräußern wollte. In diesen beiden Fällen genügte die Mitwirkung des Beistandes nicht allein, sondern sie mußte nebenbei Gerichtsermächtigung dafür einholen (Verordnung vom 7. April 1810 und 11. Juli 1816).

Wollte eine Ehefrau also rechtsgiltig handeln, so waren in gewissen Fällen drei Momente hierfür absolut erforderlich,

1) ihre persönliche Rechtsfähigkeit, wie sie auch außerhalb der Ehe beschaffen seyn mußte,

2) die besondere Ermächtigung des Gerichts, sobald sie zum Nutzen des Mannes ausschließlich ihr Eigenthum veräußern, oder für eine Gemeinschaftsschuld sich sammtverbindlich machen wollte; für Alles Weitere bedurfte sie dieser Ermächtigung nicht.

3) Die Einwilligung ihres Ehemannes.

Was die ad 2 und 3 berührten Punkte angeht, so sind oder waren diese Ausfluß des Eheverhältnisses, wie dies theils schon oben erläutert worden ist, und zum andern Theil, namentlich für den Punkt ad 2 hier bemerkt wird, daß die Gesetzgebung hierdurch die Frau gegen die Uebervortheilung des Mannes in besonderen Schutz nehmen zu müssen glaubte, weil der Einfluß des Ehemannes, bei dem so innigen Verhältnisse zur Frau, leicht zum Nachtheil der Letztern geübt werden könnte.

Was nun den Punkt ad 1 angeht, der vorzugsweise hierher gehört, so richtete sich, wie durchgehends so auch hier, ihre Rechtsfähigkeit nach ihrer Großjährigkeit oder Minderjährigkeit, denn in einem oder im anderen Falle war das eine oder das andere hierzu erforderlich. War die Ehefrau großjährig, so war sie gleichwohl nur rechtsfähig, wenn sie einen Beistand zur Seite hatte, wie jede andere noch ledige Frauensperson, woraus allein ja schon hervorgeht, daß ihre juristische Persönlichkeit in der Ehe, sobald von dieser allein die Rede ist, gar keine Aenderung erfährt. Gleichwie nun die großjährige Ehefrau, um die statuta personalia ad agendum zu erhalten, einen Beistand beiziehen mußte, so muß nun auch die minderjährige*) Ehefrau alles das beobachten, was das Gesetz für die Giltigkeit der Handlungen, die Minderjährige angehen, vorschreibt. Hierfür verordnet aber das Gesetz **), daß vorerst obervormundschaftliche Erlaubniß nach geschehener Einvernahme des Waisengerichtes und auch ein Gutachten des Amtsrevisorats eingeholt werden muß. (Gesetz vom 22. Dezember 1809 Nr. 5, Verordnung vom 18 April 1810). Dieses ist die Bedingung, unter welcher allein über das Eigenthum der minderjährigen Ehefrau giltig verfügt werden kann, und der Abmangel dieser Erforderniß würde bei einer Handlung dieselbe Folge äußern, die dabei eingetreten, wenn sie von einer großjährigen Ehefrau ohne Mitwirkung eines Beistandes vorgenommen worden wäre; denn die Erforderniß für die eine wie für die andere gehört lediglich zu dem status personae im Allgemeinen, und ohne dieselben ist oder war keine von beiden zu einem Rechtsgeschäfte fähig ***).

Ist es nun einmal klar, was zur persönlichen Rechtsfähigkeit der Ehefrau gehört, und daß diese überall, wo sie handeln soll, vorliegen muß, so wird man hiermit auch klar in die Sache sehen; denn man darf dann nur untersuchen, was das Gesetz vom 28. August 1835 aufgehoben hat, und in wie weit sich dieses auf das besondere Verhältniß der Ehe und die persönliche Rechtsfähigkeit der Frau und unter welcher Voraussetzung bezieht.

Das Gesetz hat vor Allem die Beistandschaft im Allgemeinen aufgehoben †) und demnach alle Großjährigen, ohne

*) Ich übergehe hier die Wirkung der Gewaltsentlassung, weil ich bei dem ganzen Aufsatze blos die Rechtsgeschäfte der Landrechtssätze 482 bis 484 im Auge habe, und so oft ich also von einer minderjährigen Ehefrau spreche, sie immer mit diesen in Verbindung gesetzt wissen will.

**) Es stehen die Landrechtssätze 457 flgde. mit den Landrechtssätzen 482 bis 484 ganz im Einklang. Was übrigens die Erhebung von Kapitalien, überhaupt das fahrende Vermögen der minderjährigen Ehefrau angeht, so dürfte L. R. S. 482 darauf, besonders in Gemeinschaftsehen, keine Anwendung finden, weil hierüber dem Ehemanne die ausschließliche Dispositionsbefugniß zusteht.

***) Die Ausnahmsfälle etwa nach L. R. S. 1420 u. gehören schon nach dem Zwecke des Aufsatzes nicht hierher.

†) In so weit sie noch in Fällen, welche mit der Gegenvormundschaft zusammenhängen, besteht, dies gehört ebenfalls nicht hierher.

Unterschied des Geschlechtes, in Bezug auf ihre Rechtsfähigkeit gleichgestellt. Dabei konnten die Minderjährigen nichts gewinnen, weil sie speziell unter Vormundschaft gestellt sind, die mit der Beistandschaft gar nichts gemein hat; denn was den großjährigen Frauenspersonen früher die Beistandschaft war, das ist heute noch den Minderjährigen die Vormundschaft.

Das Gesetz hat ferner die Ermächtigung der Ehefrauen zur Uebernahme der Sammtverbindlichkeit und Veräußerung ihres Eigenthums zur Schuldenzahlung des Mannes abgeschafft und das Mißtrauen gegen diesen aufgegeben.

Was soll nun dieses an dem Verhältniß der minderjährigen Ehefrauen alteriren; diese Bestimmung klebte ja dem Eheverhältnisse an, und da es hinwegfiel, stellte es ja gerade die Ehefrauen in der Ehe, wie sie außer der Ehe waren, nämlich in Bezug auf ihre Persönlichkeit so, daß die Großjährigen nun lediglich nach den Rechtsbeziehungen der Großjährigen, die Minderjährigen nach denen der Minderjährigkeit behandelt und betrachtet werden.

Wenn man übrigens die Sache mehr ad hominem haben will, kann man so sagen: die Gerichtsermächtigung der Ehefrauen war eine Zugabe; wenn die Großjährige außer der Ehe lediglich unter Mitwirkung eines Beistandes handeln konnte, so mußte sie jetzt in gewissen Fällen noch Gerichtsermächtigung haben. Wie es mit den Großjährigen gehalten worden ist, so müßte es auch den Minderjährigen ergehen. Diese hatten zwar schon außerehlich die obervormundschaftliche Genehmigung nöthig; allein dies ändert nichts, jede Ehefrau mußte eine Zugabe bekommen, die Minderjährigen bekamen sie auch, und so mußte in vorkommenden Fällen ihnen als Minderjährige die obervormundschaftliche Genehmigung und dann wieder, als ehrliche Zugabe, die Gerichtsermächtigung ertheilt werden. Nun ist diese letztere hinweggefallen, die erstere aber nicht, ergo — besteht sie auch noch fort.

Hätte die Verordnung vom April 1810 und Juli 1816 nie bestanden, so würde man vielleicht auch nie hierüber Zweifel gehabt haben, daß bei minderjährigen Ehefrauen die Sätze 482 bis 484 ihre volle Anwendung fänden, da das Gesetz bei ihnen nirgends eine Ausnahme macht. Diese Verordnung scheint sich aber durch ihren langen, gleich mit dem neuen Landrecht beginnenden, Bestand in vielen Köpfen mit den eben allegirten Landrechtssätzen gleichsam amalgamirt zu haben, so daß man jetzt von ihrer Aufhebung glaubt, sie abrogire Alles, was man damit, in Bezug auf minderjährige Ehefrauen, in Verbindung zu setzen gewohnt war.

Würde man übrigens die Bestimmung des Landrechtes mit jener fraglichen Verordnung verglichen und gefunden haben, daß jene viel weiter geht, als diese gegangen ist, welche sich lediglich auf die Sammtverbindlichkeitsübernahme und Eigenthumsveräußerung zum ausschließlichen Vortheile des Mannes bezieht, während jene jegliche Verpfändung und Veräußerung zu was immer für einem Zweck, nebenbei an die obervormundschaftliche Genehmigung knüpft, so würde sich die Sache gewiß klar hervorgehoben haben.

Auch ist der Grund, auf welchem beide beruhen, verschiedener Natur; die Ermächtigung der Ehefrauen beruhte, wie schon angeführt, auf der Befürchtung, der Mann möge seine Ueberlegenheit zum Nachtheile der Frau benützen, und diese müsse deßhalb besonders in Schutz genommen werden. Die obervormundschaftliche Genehmigung stützt sich hingegen auf das Lebensalter, für welches das Gesetz im Allgemeinen unterstellt, daß es noch nicht die Fähigkeit gebe, welche erforderlich ist, damit eine Person in allen Fällen ihr Bestes befördere. So verschieden beide Gründe sind, so verschieden sind oder waren beide Zwecke, und wenn diese auch bei minderjährigen Ehefrauen vielleicht in Eins zusammenflossen, so bleibt der Zweck immer noch gleich stark vorhanden, so lange nicht beide Gründe hinweggefallen sind. Es dürfte deßhalb keinem Zweifel ausgesetzt seyn:

Daß minderjährige Ehefrauen zu Veräußerungen und Verpfändungen ihrer Liegenschaften, sowie zur Sammtverbindlichkeitsübernahme, u. s. w. neben der Einwilligung des Ehemannes, nach wie vor dem Gesetze vom 28. August 1835, der obervormundschaftlichen Genehmigung, bei Vermeidung der Folge der Nichtigkeit, sofort absolut bedürfen. Kreitler, Schriftverfasser.

Anmerkung der Redaktion. — Man wird diesen Satz jedenfalls allgemeiner fassen müssen, denn in Bezug auf Liegenschaftsveräußerungen und Verpfändungen und auf Uebernahme von Sammtverbindlichkeiten gilt nichts Besonderes.

Die minderjährige Ehefrau wird nach S. 476 durch die Heirath kraft Gesetzes gewaltsentlassen.

Ihr steht daher die Verwaltung ihres Vermögens zu (S. 481 und 484), sofern solche nicht kraft ehrlichen Rechts ihrem Manne gebührt (S. 1428, 1531 und 1549, verglichen mit Satz 1536 und 1576).

Aber hinsichtlich aller Handlungen, die nicht zur blosen Verwaltung gehören, ist sie nach der Vorschrift des nämlichen S. 484 immer noch einer nicht Gewaltsentlassenen, Minderjährigen gleichzustellen. Sie kann daher nicht blos keine Liegenschaften verkaufen, sondern auch keine kaufen, — nach Satz 483 für ein aufzunehmendes Kapital nicht nur keine Sammtverbindlichkeit, sondern auch weder Mitverbindlichkeit, noch Alleinverbindlichkeit eingehen, nach S. 482 keine Kapitalien erheben und nach S. 481 selbst keine Pachtverträge über 9 Jahre abschließen.

In so weit der Ehemann solche Handlungen je nach der Natur des unter den Ehegatten bestehenden Güterverhältnisses

für sich allein vornehmen könnte, könnte er dies auch im Falle der Minderjährigkeit der Ehefrau thun, weil diese Minderjährigkeit die Rechte des Ehemanns nicht ändert, sondern nur jene der Ehefrau. Wo es aber auf die Einwilligung der minderjährigen, wenn gleich gewaltsentlassenen, Ehefrau ankommt, kann sie dieselbe in den Fällen der SS. 481 — 484 nicht ertheilen, sondern es tritt wie bei einer ledigen gewaltsentlassenen Person nach Verschiedenheit der Fälle theils der Pfleger oder die Obervormundschaftsbehörde ein, oder theils ist die Handlung gar nicht zulässig. Das Beistandschaftsverhältniß, oder überhaupt das Gesetz vom 28. August 1835 hat hierauf lediglich keinen Bezug. D. R.

II.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall über den Uebergang nutznießlicher Vermögensübergaben auf die Erben des Empfängers und über das Pflichttheilsrecht der Ahnen. Zur Erläuterung der L. R. S. 1100 c. a. und 915.

Ph. Schäfer übergab im Jahr 1812 sein Vermögen seinen drei Kindern Karl, Katharine und Margarethe. Im Jahr 1836 starb eines dieser Kinder, Margarethe, kinderlos, und das dem Vater damals von dieser Tochter zurückgefallene Vermögen übergab er durch eine zweite Vermögensübergabe seinem Sohn Karl und den fünf Kindern seiner schon längst verstorbenen Tochter Katharine. Im Jahr 1837 starb eine Tochter der Letztern, Christine, verehlichte Krämer, ohne Hinterlassung eigener Kinder. Sie setzte ihren Ehemann zum alleinigen Erben kraft Testaments ein, vermachte ihren vier Geschwistern nur einige Legate, und überging ihren Großvater Ph. Schäfer ganz.

Dieser trat bei der Inventur seiner Enkelin Christine auf und verlangte die Ausfolgung und Rückgabe jener Güterstücke, welche auf die Erblasserin aus seiner Vermögensübergabe im Jahr 1812 an ihre Mutter Katharine und von dieser an sie gekommen seien, da seine damalige Vermögensübergabe nur eine nutznießliche gewesen, also erloschen sei und nicht an ihren Ehemann als Testamentserben gelangen könne. Weiters sprach er auf den Grund des L. R. S. 915 einen Pflichttheil als Ahne der Erblasserin an. Das Amtsrevisorat wies das erste Gesuch des Ph. Schäfer auf den Grund des L. R. S. 823 vor den Richter, hinsichtlich des zweiten Gesuchs, obschon demselben der eingesetzte Ehemann ebenfalls widersprochen hatte, willfahrte es aber demselben, und fertigte die Erbtheilung in der Art aus, daß es dem Großvater Ph. Schäfer einen Pflichttheil zuwies.

Wegen der verlangten Güterstücke aus der Vermögensübergabe vom Jahr 1812 trat nun Ph. Schäfer vor Amt klagend auf, und widerklagend verlangte der Ehemann der Erblasserin, daß der Kläger Ph. Schäfer mit seinem Gesuch um Zutheilung eines Pflichttheils abgewiesen, beziehungsweise die darnach gemachte Theilung abgeändert werde. Kläger verlangte auch noch an den Beklagten die Ablegung eines Offenbarungseides.

Das Amt erkannte gegen den Beklagten auf Herausgabe der auf seine Ehefrau aus der Vermögensübergabe vom Jahr 1812 übergegangenen sieben Grundstücke, wies dagegen das Gesuch des Klägers um Auflegung eines Offenbarungseides an den Beklagten, so wie die Widerklage des Beklagten wegen des Pflichttheils des Klägers ab.

Beide Theile appellirten anher, und auf gepflogene Verhandlung ward das unterrichterliche Urtheil hinsichtlich der dem Kläger vom Beklagten herauszugebenden Güterstücke, so wie hinsichtlich der Abweisung des Offenbarungseides bestätigt, hinsichtlich des dem Kläger zugewiesenen Pflichttheils aber dahin abgeändert, daß Kläger mit dieser seiner Ansprache abgewiesen wurde. Die Entscheidungsgründe lauteten:

I. Kläger verlangte von dem Beklagten die Herausgabe von mehreren Güterstücken, welche die verstorbene Ehefrau des letztern auf den Grund einer ihrer verstorbenen Mutter vom Kläger geschehenen Vermögensübergabe im Jahr 1812 überkommen hatte und stützte diese seine Anforderung darauf, daß seine Vermögensübergabe nur eine nutznießliche gewesen, welche also mit dem Tod der Mutter der Ehefrau des Beklagten als Nutznießerin schon erloschen gewesen seie.

Ausweislich der Vermögensübergabe vom Jahr 1812 fol. 24 ist nun diese Vermögensübergabe allerdings nur eine nutznießliche gewesen und wurde durch die zweite Vermögensübergabe des Klägers vom Jahr 1836 nicht verändert, weil sich diese Uebergabe nur auf die Vermögenstheile erstreckt, welche bei der Uebergabe vom Jahr 1812 dem damaligen dritten Kind des Klägers, seiner Tochter Margarethe, zugefallen und bei ihrem kinderlosen Tod wieder an ihn zurückgefallen waren. Die an die beiden andern Erben des Klägers, insbesondere an die Mutter der verstorbenen Ehefrau des Beklagten durch die Uebergabe vom Jahr 1812 gefallenen, jetzt den Gegenstand der Klage bildenden Grundstücke werden von der Vermögensübergabe vom Jahr 1836 nicht ergriffen, und können also auch in ihren rechtlichen Eigenschaften dadurch nicht abgeändert werden.

Nach L. R. S. 1100 c a sind nun nutznießliche Vermögensübergaben nur fürsorgliche Erbeinweisungen, welche nach L. R. S. 1100 c b. auch nur die Rechte eines Nutznießers auf den Empfänger übertragen. Nach L. R. S. 617 Nr. 1 erlischt aber die Nutznießung durch den Tod des Nutznießers. Die Mutter der verstorbenen Ehefrau des Beklagten war

die in der nutznießlichen Vermögensübergabe fürsorglich eingesetzte Erbin, und schon mit ihrem Tod war daher die Nutznießung erloschen, so daß dieselbe nicht einmal mit Recht an die verstorbene Ehefrau des Beklagten gekommen ist. Zwar behauptet der Beklagte, daß bei einer nutznießlichen Vermögensübergabe die geschehene Uebertragung der Nutznießung nicht durch den Tod des Nutznießers erlösche, sondern von demselben auf seine Erben fortvererbt werde. Allein dem steht schon der L. R. S. 1100 c. d. entgegen, wornach die nutznießliche Erbeinweisung nichts an dem gesetzlichen Erbgang ändern solle. Dieser gesetzliche Erbgang ist aber nicht vom gesetzlichen Erbgang des Empfängers der Vermögensgabe, sondern vom Erbgang des Gebers zu verstehen. Der Beklagte ist aber durch Testament von seiner Ehefrau, der Enkelin des Klägers, zum Erben eingesetzt worden. Er ist kein gesetzlicher Erbe des Klägers und nicht einmal ein gesetzlicher Erbe seiner Ehefrau, und wenn auch seine Ehefrau als Enkelin des Klägers bei der Vermögensübergabe des Klägers ihre verstorbene Mutter im gesetzlichen Erbgang vom Kläger, ihrem Großvater aus nach L. R. S. 740 repräsentiren konnte, so kann doch ihr Ehemann als ihr Testamentserbe sie in ihrem gesetzlichen Erbgang nicht weiter vertreten. Diese Auslegung des S. 1100 c. d. wird auch durch den §. 14 der Verordnung vom 15. September 1807 über Vermögensübergaben außer allem Zweifel gesetzt. Dorten ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß das übergebene Vermögen, wenn der Empfänger vor dem Geber stirbt, nicht weiter auf die Erben des Empfängers übertragen werden kann, als so weit diese Erben zugleich in einem solchen Fall nach dem Gesetz die Erben des Gebers seyn, mithin an ihrer verstorbenen Eltern Platz treten würden. Hiernach konnte also die Ehefrau des Beklagten nach dem Tod ihrer Mutter — als Vermögensempfängerin — an deren Platz treten. Ihr Ehemann — das Mitglied einer ganz fremden Familie — kann aber gegenüber dem Kläger nicht gesetzlich an die Stelle seiner Ehefrau treten und muß daher die verlangten Güterstücke, welche aus der Vermögensübergabe vom Jahr 1812 herkommen und erwiesenermaßen des Klägers männliches Einbringen in seine Ehe waren, herausgeben.

Wollte man übrigens die Vermögensübergabe vom Jahr 1812 wegen ermangelnder oberpolizeilicher Ermächtigung als nichtig ansehen, so würde daraus für den Beklagten kein Recht der Rückbehaltung der Güterstücke folgen. Denn alsdann wäre die Vermögensübergabe nur geeignet gewesen, für die Erbvorfahrerin der Ehefrau des Beklagten, für die Vermögensempfängerin, einen faktischen, schlechthin widerruflichen Besitz zu begründen, welcher nach L. R. S. 2125 auch in Händen der Ehefrau des Beklagten widerruflich blieb und also dem jetzigen Widerruf schlechthin Platz ertheilt.

II. Kläger verlangt weiters von dem Beklagten die Leistung eines Offenbarungseides wegen angeblicher Veruntreuung und Verheimlichung von Erbschaftsstücken. Nach §. 648 der Prozeßordnung kann aber ein solcher Eid nur von einem Betheiligten verlangt werden. Die Betheiligung des Klägers besteht nun hier allein in seinem gegen die Ehefrau des Beklagten angesprochenen Pflichttheilsrecht. Dieses Recht, diese Eigenschaft des Klägers als Pflichttheilserbe der verstorbenen Ehefrau des Beklagten besteht, wie ad III. ausgeführt wird, nicht, folglich kann auch Kläger, als unbetheiligt, den Offenbarungseid nicht verlangen.

III. Kläger hat bei der Erbtheilung der verstorbenen Ehefrau des Beklagten — seiner Enkelin — einen Pflichttheil auf den Grund des L. R. S. 915 angesprochen, und die Theilungsbehörde hat diesem Ansinnen willfahrt. Beklagter beruhigt sich aber dabei nicht, sondern verlangt widerklagend, daß solcher Anspruch als rechtlich nicht bestehend erachtet werde, weil seine Ehefrau noch Geschwister hinterlassen habe, welche sie durch ihr Testament ausgeschlossen habe. Es ist also die Rechtsfrage zu entscheiden, ob ein Ahne, und zwar hier der Großvater, ein Pflichttheilserbe seiner Enkelin ist, wenn dieselbe noch Geschwister — andere Enkel des Ahnen — hinterließ, welche sie in ihrem Testament ausgeschlossen hat. Diese Frage ist aber zu verneinen.

Als oberster Grundsatz des Landrechts über Pflichterbenrecht ist der anzuerkennen, daß Niemand Pflichterbe seyn kann, der nicht zugleich auch die rechtlichen Eigenschaften eines gesetzlichen Erben ab intestato hat. Es werden daher auch in den SS. 917, 918, 1004, 1006, 1011, 1013, 1014 die Pflichttheilsberechtigten überall Erben genannt, und sie haben auch als Erben nach S. 1004 den Besitz und die Gewähr der Verlassenschaft kraft Gesetzes. Davon ausgegangen, ist es aber unzweifelhaft, daß nach L. R. S. 750 die Großeltern durch Geschwister des Erblassers schlechthin von der Verlassenschaft ausgeschlossen sind *). Es ist also der Großvater bei Vorhandenseyn von Geschwistern des Erblassers, wie hier der Fall, kein Erbe des Erblassers, und er kann also auch keinen Pflichttheil ansprechen. Es ist dieses auch im L. R. S. 915 selbst deutlich genug ausgesprochen, indem es dorten heißt, daß die Ahnen den Vorbehalt in der Ordnung erhalten, worin sie das Gesetz zum Erbgang ruft, so daß sie also, wenn sie in der vom Gesetz bestimmten Erbordnung nicht zum Erbgang berufen sind, auch den Pflichttheil nicht erhalten. Zwar will man diesen Satz nur auf die Erbordnung der Ahnen unter sich verstehen und beschränken. Allein von dieser Beschränkung ist im Gesetz

*) Abgesehen von dem hieher nicht anschlagenden L. R. S. 747.

nichts zu ersehen, und da das Gesetz im nämlichen Satz von einem Fall der Theilung des Vermögens, also des Zusammentreffens der Ahnen mit den Geschwistern und Seitenverwandten des Erblassers in der Berufung zum Erbe, also in der Erbordnung spricht, so war dem Gesetzgeber dieses Zusammentreffen, diese Berufung der Ahnen in der Erbordnung mit und nach Geschwistern des Erblassers vor Augen, und er hätte gewiß seinen Ausdruck der Berufung der Ahnen zu ihrem Vorbehalt nach ihrem gesetzlichen Erbgang, auf ihren Erbgang unter ihnen selbst und unter ihnen allein beschränkt, wenn er die Absicht dieser Beschränkung gehabt hätte.

Man kann auch aus der Natur des Pflichttheils der Ahnen als stellvertretend für ihr Alimentationsrecht gegen den verstorbenen Nachkommen nichts für die entgegengesetzte Meinung begründen. Denn wenn man auch diese rechtliche Natur des Pflichttheils der Ahnen annehmen wollte, so darf man nicht übersehen, daß dieser Pflichttheil gerade nur da nicht angesprochen werden kann, wo die Ahnen nach L. R. S. 750 durch Geschwister des Erblassers ausgeschlossen sind. Diese Geschwister des Erblassers — eines Nachkommen des Ahnen — sind aber wiederum eigene Nachkommen des Ahnen, und gegen sie besteht auch sein Alimentationsrecht. Solches ist also hinsichtlich der rechtlich Verpflichteten keineswegs erloschen, und eben weil es nicht erloschen ist, kann es auch nicht rechtlich für nothwendig erachtet werden, aus diesem Grund eines Alimentationsrechts den Ahnen einen Pflichttheil zuzuweisen. Erst dann, wenn keine Geschwister oder Geschwisterkinder des Erblassers vorhanden sind, erst dann bestehen hinsichtlich seiner Linie keine Nachkommen des Ahnen mehr, erst dann ist also das Alimentationsrecht des Ahnen gegen diese Linie erloschen. Alsdann sind aber auch die Ahnen nicht durch Geschwister von der Erbschaft ausgeschlossen, sie sind vielmehr vom Gesetz zum Erbgang berufen und nehmen deßhalb ihren Vorbehalt mit Recht in Anspruch.

Man würde auch mit der entgegengesetzten Meinung zu den sonderbarsten Ergebnissen gelangen. Wenn z. B. ein Erblasser neben vielen Geschwistern und Geschwisterkindern und neben Großeltern einem Geschwisterkind sein ganzes Vermögen vermacht, so sind die Großeltern von der Verlassenschaft durch das Testament gerade so gut ausgeschlossen, als wie wenn ein Fremder der Testamentserbe wäre. Wollte man nun den Ahnen gegen das eingesetzte Geschwisterkind einen Pflichttheil geben, so würden sie denselben gegen einen Testamentserben erhalten, welcher zugleich gesetzlicher Erbe ist, und welcher die Ahnen im gesetzlichen Erbgang vollständig ausschließt. Dieses kann also wohl nicht geschehen. Wollte man aber den Ahnen in diesem Fall keinen Pflichttheil zusprechen, so würde man Fälle anerkennen müssen, wo die Ahnen einmal einen Pflichttheil haben, ein anderes Mal nicht, während doch im Gesetz im L. R. S. 915 nirgends ein Grund zu finden ist, aus dem man entnehmen könnte, daß in einem Fall, worin das Verwandtschaftsverhältniß zwischen den Ahnen und dem Erblasser das gleiche ist, ein Pflichttheilsrecht besteht und in einem andern nicht. Noch sonderbarer würde aber der Fall seyn, wo man einem Ahnen einen Pflichttheil zuspricht, und wo alsdann der eingesetzte Erbe auf seine Erbeinsetzung verzichtet. Sind alsdann neben dem Ahnen noch ebenfalls ausgeschlossene Geschwister des Erblassers vorhanden, so treten diese bei der nunmehr Statt findenden gesetzlichen Erbfolge als gesetzliche Erben ein, und was der Ahne als Pflichttheilserbe gegen den Testamentserben zugesprochen erhielt, muß er nach S. 750 den Geschwistern des Erblassers als ihn ausschließenden gesetzlichen Erben herausgeben.

Aus allem diesem folgt auf das gewisseste, daß es rechtlich gar nicht denkbar ist, daß ein Ahne zweiten Grades neben Geschwistern des Erblassers ein Pflichttheilsrecht hat, und daß der die Geschwister zurücktreibende Testamentserbe auch die Ahnen zurücktreiben kann — si vinco vincentem te, a fortiori vinco te. Die Ausleger des französischen Rechts sind darüber auch einstimmig, und das dem Kläger ein Pflichttheilsrecht zusprechende Erkenntniß mußte dahin in dieser Beziehung abgeändert werden.

V. Die Tragung der Kosten erster und zweiter Instanz rechtfertigt sich durch das gegenseitige Gewinnen und Verlieren der bestrittenen Anforderungen der Parteien.

Bei diesem Fall nehme ich Anlaß, eine Geschäftsbehandlung der Amtsrevisorate bei Erbtheilungen zur Sprache zu bringen, welche, wie hier vorgekommen, offenbar eine dem Gesetz und der Zuständigkeit der Amtsrevisorate widersprechende ist, und welche nichts desto weniger, wie auch aus einem Aufsatz in dem Vereinsblatt der Amtsrevisoren hervorgeht, beinahe von den meisten Amtsrevisoren im ganzen Lande befolgt wird. Wenn nämlich bei der Inventur eines Erblassers sich ein Testament vorfindet, welches auch über den von einem Erben angesprochenen Pflichttheil verfügt, also einen angeblichen Pflichterben enterbt, so weist die die Erbtheilung vornehmende Theilungsbehörde den einen Pflichttheil ansprechenden Erben mit seinem Gesuch nicht vor den Richter, sondern wenn sie, wie hier der Fall war, der Meinung ist, daß dem Ansprechenden wirklich ein Pflichttheil zustehe, so wird unangesehen des Testaments von ihr nach dieser ihrer Meinung die Theilung entworfen. Es wird das Testament gänzlich außer Kraft gesetzt, es wird dem Pflichterben sein Pflichttheil sogleich zugetheilt, und wenn der Testamentserbe nicht damit zufrieden ist, so muß er als Kläger bei dem Richter auftreten, die Erbtheilung anfechten und dem Andern sein Pflichttheilsrecht bestreiten.

Als Grund dieser Geschäftsweise wird nun angeführt, daß die Theilungsbehörde verbunden sei, die von ihr gemachten Erbtheilungen nach dem Gesetze zu fertigen. Das Gesetz spreche aber dem Pflichterben einen Pflichttheil zu, selbst gegen den Willen und die Verfügung des Testators, und wenn also der Testator einen Pflichterben übergangen habe, so sei es Pflicht der Theilungsbehörde, dieses zu verbessern und die Erbschaftsauseinandersetzung nach dem Gesetz in der Art zu rektificiren, daß der übergangene Pflichterbe alsbald in seinen Pflichttheil eingesetzt und ihm derselbe in der Erbtheilung zugewiesen werde.

Allein! Wenn es auch richtig ist, daß die Theilungsbehörden verbunden sind, die Erbtheilungen nach dem Gesetze zu fertigen, so ist es eben so richtig, daß das Gesetz einem Erblasser erlaubt, über sein Vermögen durch letzten Willen zu verfügen, und wenn also die Theilungsbehörde die Erbtheilung nach dem Testament vornimmt, so nimmt sie dieselbe, im Allgemeinen betrachtet, auch nach dem Gesetze vor. So wie nun aber diese beiden gesetzlichen Richtungen, jene des Gesetzes auf einen Pflichterben und jene des Gesetzes auf einen Testamentserben mit einander in Widerstreit gerathen, so ist es nicht die Theilungsbehörde, das Amtsrevisorat, welches diesen Streit zu schlichten hat, sondern der Richter ist es, denn ihm hat das Gesetz die Entscheidung solcher Streitsachen unter den Bürgern übertragen. Es hat daher die Theilungsbehörde, wie auch der L. R. S. 823 vorschreibt, alle dergleichen Streitigkeiten vor den Richter zu weisen, und von diesem gehen alsdann auch die provisorischen Verfügungen aus, welche über den Besitz und die Verwaltung einer streitigen Erbmasse zu erlassen sind. Es folgt dieses schon aus der Natur der Sache, weil bei einem solchen Widerstreit zwischen einem Pflichterben und Testamentserben ein bürgerlicher Rechtsstreit vorliegt, und wenn man die hier einschlagenden L. R. S. 1003 — 1009 damit vergleicht, wo das Rechtsverhältniß zwischen Pflichterben und testamentarischen Erbnehmern geregelt wird, so findet man auch dorten die Bestätigung, daß dieses Rechtsverhältniß vom bürgerlichen Richter und nicht vom Amtsrevisorat bestimmt wird. Es ist zwar richtig, daß der L. R. S. 1004 die Pflichttheilserben in den Besitz und die Gewähr der Verlassenschaft setzt und den Erbnehmer anweist, von ihnen die Auslieferung des Erbvermächtnisses zu verlangen. Allein nach L. R. S. 1006 kommen die Erbnehmer in dem Fall, wo keine Pflichterben vorhanden sind, kraft Gesetzes in den Besitz und die Gewähr der Verlassenschaft und haben nicht nöthig, von weitern gesetzlichen Erben die Auslieferung zu verlangen, und wenn nun zwischen dem Erbnehmer und dem Pflichterben ein Streit über die Eigenschaft und das Recht des Letztern als Pflichttheilsberechtigten entsteht, so kann es nicht in der Befugniß des Amtsrevisorats liegen, diesen Streit alsbald dahin zu entscheiden, daß es dem einen Pflichttheil ansprechenden Erben die Eigenschaft eines Pflichterben zuspricht und ihn ohne weiters in die Rechte des L. R. S. 1004 einweist, denn diese Einweisung wäre gegen den dem Andern mit Grund die Eigenschaft eines Pflichterben bestreitenden Erbnehmer die Verletzung des L. R S. 1006; es wäre dieses die Aberkennung seines Rechts auf den Besitz und die Gewähr der Verlassenschaft **kraft Gesetzes**, und solche Aberkennung kann nur der Richter aussprechen. Es wird daher in einem solchen Fall der Theilungsbehörde nichts anderes zustehen, als über die beiden gegenseitigen Ansprachen ein Protokoll aufzunehmen und dieses mit den Parteien vor den Richter zu weisen, von welchem alsdann eben so wohl die endliche Erledigung des Streits, als auch die etwa nothwendige provisorische Verfügung über den Besitz der Verlassenschaft ausgeht.

Wohin käme man auch mit den entgegengesetzten Grundsätzen? Es wird sich nämlich nicht behaupten lassen, daß das Recht des Pflichterben, für sich als Erbrecht betrachtet, ein größeres und stärkeres gesetzliches Recht sei, als es z. B. das Recht des nächsten gesetzlichen Erben da ist, wo derselbe durch ein Testament ausgeschlossen werden soll, welches nichtig ist, oder wo z. B. ein Oheim des ab intestato verstorbenen Erblassers ein gesetzliches Erbrecht neben den doch nähern Geschwistern des Erblassers behauptet, und wenn man also der Theilungsbehörde ihre Kompetenz, die Erbtheilungen nach den Gesetzen zu reguliren, dahin auslegen wollte, daß sie solche nach ihren Ansichten von dem Gesetze ganz selbstständig aufzustellen habe, so müßte man ihr in diesen Fällen das Recht zugestehen, nach ihrer Ansicht das Testament für nichtig zu erklären und den gesetzlichen Erben das Vermögen zuzutheilen, oder dem Oheim neben den Geschwistern ein Erbtheil zuzuweisen, welches beides doch gewiß nur der Richter thun könnte. Aber nicht nur die Erbberechtigung als solche, sondern auch ihre Größe kann bestritten werden. Es kann über die Frage der Einwerfung, über die Art und Weise der Theilung ein Streit entstehen, der überall nach dem Gesetze zu entscheiden ist, und wenn nun die Theilungsbehörde in allen diesen Fällen durch Regulirung der Theilung nach ihren selbstständigen Rechtsansichten die Entscheidung geben wollte, so wäre sie der Richter in Erbtheilungsstreiten, was doch offenbar nicht der Fall ist. Ja, sie ist nicht einmal die Behörde, welche auch nur provisorisch die in einer Erbtheilung entstehenden Streitigkeiten regelt, sondern ihr Recht geht nicht weiter, als die Erbtheilung nach ihren Ansichten unter den Parteien einzuleiten und dabei so weit fortzufahren, als nicht unter den Betheiligten ein Streit über ihre Erbrechte entsteht. Ist dieses der Fall, so hat sie diesen Streit in

einem Protokoll aufzunehmen und denselben vor den Richter zu weisen. Ist nun dieser Streit von geringer, sich nur auf einen besondern Punkt beziehenden Bedeutung, der mit den fernern Fortschritten im Geschäft nicht zusammenhängt, so mag sie im Geschäft fortschreiten. Hängt aber der streitige Punkt mit der ganzen Erbtheilung so zusammen, daß er die Vorfrage der fernern Erledigung bleibt, so hat sie mit allem fernern Verfahren einzuhalten und von dem Richter die Anweisung zu empfangen, wie sie definitiv oder provisorisch das Geschäft zu erledigen oder ganz damit einzuhalten habe — suum cuique.

Sander.

III.

1) Der Anfang.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

Seit man angefangen hatte, um der Schalheit der späteren Logik willen, auch sogar den Nutzen einer strengen Logik für das praktische Leben in Zweifel zu ziehen und alles nur der im Menschen unbewußt wohnenden natürlichen Logik anheimzustellen, waren auch die Juristen diesem bloßen logischen Gefühle so sehr hingegeben, daß, wo sonst unsere guten Alten Konsequenz und Klarheit forderten, das sogenannte Rechtsgefühl im Vereine mit dem natürlichen logischen Gefühle als letzter Bestimmungsgrund galt. Einen bekannten Gelehrten hörte ich einmal die Bemerkung hinwerfen, „daß wohl Bauern mit ihrer natürlichen Logik ausreichen werden, Gelehrte aber schlechterdings strenge logische Schulbildung haben müßten, um sie vor Confusion zu bewahren.“ Da nun alle, die studirt haben, wenigstens im Vergleiche mit dem Landmanne, gelehrt zu nennen sind, so ist es ganz begreiflich, daß auch den Juristen, den praktischen und gesetzgebenden, das Bedürfniß einer streng logischen Bildung wieder um so mehr ins Bewußtseyn tritt, je mehr sich die Reste der alten strengeren Logik in der Erinnerung verloren haben. Unmittelbar nach Tische kann man im satten Uebermuthe auch das Brod für überflüssig halten, besonders wenn es ein gegen früher schlechteres Gebäcke ist, aber seit sich die logische Bildung wirklich zu verlieren angefangen hatte, mußte die Lücke bemerklicher werden. Mit der Voraussetzung also, daß das Interesse an Denkverhältnissen auch durch das praktische Bedürfniß gegeben ist, soll in diesen Blättern eine Reihe kleiner Proben folgen, und absichtlich an scheinbar ganz unbedeutenden Begriffen, damit es in die Augen fallen möge, wie es noch eine große Menge und noch interessantere geben müsse. Die Beispiele, welche die Erläuterung des Begriffs unterstützen sollen, werden vorzugsweise aus dem Kreise des Rechts gewählt, in so ferne es die Philosophie berührt; denn da eine allgemeine Logik für Alle ist, so kann sie von jedem Punkte aus, auf den sie ihre Strahlen wirft, wieder betrachtet werden, und so könnte man mit Nutzen auch eine Logik für Juristen schreiben, was freilich in so ferne nur ein Scherz wäre, als es immer nur um das *Allgemeine* in den Gedanken zu thun ist.

Wenn der Anfang die *Grundlage* ist, was wir so zu denken gewöhnt sind, so ist der Anfang der Philosophie der Geist, und der *Anfang des Denkens* kann nur das *Denken selbst* seyn, und es wird auch im Verlaufe dieser Aufsätzchen, wenn sie philosophisch seyn sollen, vorzugsweise das Denken seyn müssen, was überdacht werden soll. Wir wollen sehen, was das Denken *sei*, und wie es allen, auch den scheinbar verschiedensten, Inhalt, durch sein innerstes Wesen getrieben, an ganz einfache oder an mehr und weniger complicirte Fäden anreiht. Dann wird sich zeigen, daß die Sprache, so wie sie die Worte enthält für alles sinnlich Einzelne, daß sie eben so auch die Ausdrücke gibt zur Bezeichnung dieser Allgemeinheiten. Betrachten wir nun auch diese tiefe Ordnung in der scheinbaren Verworrenheit des Denkens und Sprechens vorzugsweise immer nur von Einem Punkte aus, dem rechtsphilosophischen, so kann das doch nicht hindern, auch hier sogleich das Allgemeinere zu erblicken und die Grundgedanken; weil sie ja, durch alles Denken durchgewebt, immer nur auf das Auge warten, das sie zu sehen sich gewöhnt hat. Auch der ganze Rechtskreis ist durch und durch geistig, denn Geister waren es doch immer, die auch die trübseligsten Rechtsverhältnisse erzeugten und erläutert haben, und also waren sie in allen ihren Functionen an die allgemeinen Gesetze des Denkens gebunden. Wenn man eingesehen hat, daß sogar die Verrücktheit noch unter bestimmte Bande von Denkverhältnissen gefesselt ist (wie eine nicht ganz zerstörte Uhr immer noch in gewissen Maßverhältnissen sich bewegt, nur unrichtig), so wird die stets reflektirende Jurisprudenz einige Logik nicht verschmähen und eine juristische Zeitschrift noch weniger.

Eine solche Bemerkung kann für den Anfang nicht zu derb aussehen, denn aller *Anfang* der Bildung des Verstandes äußert sich ja durch Tadeln und Raisonniren, weil es leichter ist, in Allem das Negative zu finden, und das, was noch fehlt, als das Gute der Sache und den Zusammenhang oder gar die Nothwendigkeit. In der Religion, wo es noch schwerer ist, die Wahrheit zu begreifen, als in der Jurisprudenz, bezeichnet der *erwachende* Verstand alles Positive mit dem Worte Aberglauben und deutet dadurch seine eigene *negative* Stellung hinreichend an. Eben so ist der *entstehende* politische Verstand, der alles Bestehende mit Recht tadeln kann, weil ja Nichts in der Welt völlig vollkommen ist, von der eigentlichen Gesinnung der Bürger und ihren Interessen und dem, was sie wahrhaft wollen, oft weit verschieden, wie Staatsmänner wissen, die solche Anfänge des Denkens, wo sie unschädlich aufkeimen und nicht auch sogleich besser machen wollen, gerne entschuldigen, weil sie der Beweis sind, daß noch Geist in Gottes Welt ist, und daß das junge Volk denken will, und daß Wissenschaften und Künste noch Boden finden. Weil der junge Mensch noch nichts Nachhaltiges gelernt hat, darum raisonnirt er, und er hat Recht, denn einmal muß man anfangen; aber man muß auch wieder aufhören anzufangen und muß weiter gehen, damit aus dem Anfange auch etwas *wird*. Der ernstlich weiter Strebende ist schon stummer, denn der noch *leere* und *abstrakte* Anfang ist überschritten, und er übersieht einen Theil der Masse des noch nicht Begriffenen. Angefangen zu haben ist darum keine Schande; und auch über die Logik einmal ins Blaue mitgeredet zu haben, ist ganz nach der Erziehung unserer Zeit, wo das Schweigen auch in der Philosophie nicht mehr der Anfang ist.

(Fortsetzung folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 19. Karlsruhe den 12. Mai 1838.

I.

Anfrage: Nach welchen Regeln sind die ehelichen Güterverhältnisse der Eheleute, die darüber in ihrem vor Einführung des Landrechts zu Stand gekommenen Ehevertrag nichts bestimmt und auch nach §. XII. Nr. 3 des ersten Einführungsedikts von 1810 — 1812 darüber nichts nachträglich festgesetzt haben, nach der Verordnung vom 26. Februar 1812, Rgbl. Nr. IX. in Bezug auf Vermögen und Schulden zu beurtheilen?

Antwort der Redaktion. — Die neugesetzliche Gütergemeinschaft ist hinsichtlich derjenigen Ehen, welche vor Einführung des Landrechts bestanden, und hinsichtlich deren kein Ehevertrag errichtet wurde, vom ersten Januar 1812 an maßgebend.

Aber hinsichtlich der Frage:

„welche Vermögenstheile und welche Schulden am ersten Januar 1812 in die neugesetzliche Gemeinschaft übergiengen? —“

ist das frühere gesetzliche oder observanzmäßige Gemeinschaftsverhältniß in so weit entscheidend, als es bei Beurtheilung der Wirkungen der Eingehung einer gesetzlichen Gütergemeinschaft darauf ankommt, wer vor Eingehung dieser Gemeinschaft Eigenthümer der Güter war, und wem die Schulden oblagen, wer also die Güter und wer die Schulden in die neue Gemeinschaft beibrachte.

In Bezug auf die Fahrnisse ist dies zwar einerlei, weil dieselben am ersten Januar 1812 in die neugesetzliche Gemeinschaft fielen, ohne Unterschied, wessen Eigenthum sie vorher waren.

Dasselbe gilt (so weit es sich nicht um die Verbindlichkeit gegenüber den Gläubigern, sondern nur um das Verhältniß der Eheleute unter sich handelt) von fahrenden Schulden, nämlich von solchen, welche nicht von Liegenschaften herrühren, d. h. welche nicht als Preis für eine Liegenschaft, oder für die Werthserhöhung einer solchen erscheinen. S. 1409, Nr. 1 und 1437.

Diese fahrenden Schulden und das fahrende Vermögen gehören in die gesetzliche Gemeinschaft, ohne Unterschied, von welchem Ehetheil sie herrühren, also ohne Unterschied, wem sie in der Ehe vor dem ersten Januar 1812 gehörten, von wem aus sie somit in die neue Gemeinschaft übergingen? Erheblich für das neue eheliche Güterverhältniß ist diese letztere Frage nur in Bezug auf

1) Liegenschaften,

2) und liegenschaftliche Schulden, welche aus der vor 1812 bestandenen Ehe in die neugesetzliche Ehe übergingen.

Zu 1. War eine Liegenschaft schon nach den vor 1812 bestandenen Eheverhältnissen Alleineigenthum des einen Ehegatten, so blieb sie es auch nach 1812, da die von einem Ehegatten in die Gemeinschaftsehe eingebrachte Liegenschaft nicht in die neue Gemeinschaft fällt.

War aber die Liegenschaft vor 1812 gemeinschaftlich, so folgt daraus noch nicht, daß sie dieß auch nach dem Jahr 1812 bleiben mußte. Denn in Folge des ersten Einführungsedikts §. XII., Nr. 3, erläutert durch die Verordnung vom 26. Febr. 1812, änderte sich mit dem 1. Jan. 1812 das Gemeinschaftsverhältniß. Das, was nach dem früheren Gemeinschaftsverhältnisse von der Gesammtmasse jedem Ehegatten gehörte, brachte er in das an der nämlichen Gesammtmasse entstandene neue Gemeinschaftsverhältniß ein, dieses sein Einbringen folgt nun aber den Regeln der neugesetzlichen Gemeinschaft, wie wenn die Ehe am 1. Januar 1812 erst geschlossen worden wäre.

Daher blieb nach dem 1. Januar 1812 eine früher gemeinschaftliche Liegenschaft nicht gemeinschaftlich in dem Sinne und mit der Wirkung, welche das neue Gesetz mit einem Gemeinschaftsgut verbindet, sondern der Antheil, der einem jeden Ehegatten nach dem alten Gesetze an der damals gemeinschaftlichen Liegenschaft gebührte, ging als sein gesondertes Eigenthum in das neue Güterverhältniß über.

Hatte z. B. nach dem früheren Gesetze oder Herkommen an einem ehegemeinschaftlichen Gute jeder Ehegatte die Hälfte, oder der eine 1/3 und der andere 2/3 anzusprechen, so gehört ihm jetzt seit 1812 der nämliche Antheil zu nichtgemeinschaftlichem Eigenthum. Es ist dieß derselbe Fall, wie wenn zwei Brautleute, die sich unter der Herrschaft

des neuen Gesetzes heirathen, schon vor Eingehung der Ehe eine gemeinschaftliche Liegenschaft als Miteigenthum besitzen. Auch hier wird das Gut in der Ehe keineswegs Gemeinschaftsgut im Sinne des Eherechts, sondern jeder Ehegatte behält seinen Antheil als nichtgemeinschaftliches Eigenthum.

Dieß hat die wichtige Folge, daß, wenn eine Ehefrau bei Auflösung der neugesetzlichen Gütergemeinschaft auf die Gemeinschaft verzichtet, sie jenen ihren Antheil an der Liegenschaft als ihr Eigenthum, oder wenn es erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes veräußert wurde, den Ersatz dafür nach S. 1493 herausfordern kann, während sie, wenn das früher gemeinschaftliche Gut in die neugesetzliche Gütergemeinschaft gefallen wäre, mit dem Verzicht auf die Letztere nach S. 1492 auch alle ihre Ansprüche auf jenen ihren Antheil am Gemeinschaftsgut verlöre.

Zu 2. Was sodann die liegenschaftlichen Schulden betrifft, so bleiben sie nach S. 1409, Nr. 1 und 1437 demjenigen Ehegatten zur Last, welcher sie beibrachte, beziehungsweise welcher die Liegenschaft beibrachte, von deren Erwerb die Schuld herrührt.

Wenn nun am 1. Januar 1812 eine Schuld in die neue Gemeinschaftsehe überging, welche von einer früher gemeinschaftlichen und nun zur Hälfte in das Alleineigenthum des Mannes und zur Hälfte in das Alleineigenthum der Frau übergegangenen Liegenschaft herrührt, so fiel auch die Schuld im Jahr 1812 als eine nichtgemeinschaftliche Schuld zur Hälfte dem Manne und zur Hälfte der Frau zu. Dieß hat zur Folge, daß die Ehefrau, wenn sie sich der Gemeinschaft entschlägt, gleichwohl diese ihre Schuldhälfte zu übernehmen, oder sofern solche aus dem Gemeinschaftsvermögen bereits bezahlt wurde, nach S. 1437 an die Gemeinschaft zu ersetzen hat.

Andere Schulden, als solche, welche von Liegenschaften herrühren, fallen jedenfalls in die neugesetzliche Gütergemeinschaft, selbst wenn sie nach dem Eheverhältnisse, welches vor 1812 gesetzlich oder herkömmlich bestand, wie z. B. in Errungenschaftsgemeinschaften, einem Ehegatten allein zur Last waren, so wie auch das Fahrnißvermögen, welches früher, z. B. in einer gesetzlichen oder herkömmlichen Errungenschaftsgemeinschaft, Alleineigenthum eines Ehegatten war, im Jahr 1812 jedenfalls in die neugesetzliche Gemeinschaft fiel.

Man hat übrigens, was die Schulden betrifft, schon die Behauptung aufgestellt, daß dieselben ohne Rücksicht, ob sie liegenschaftliche oder fahrende seien, nach Verhältniß des Werths der am 1. Januar 1812 in die neugesetzliche Gemeinschaft übergegangenen Fahrnisse zu dem Werthe der übergegangenen Liegenschaften theilweise in die Gemeinschaft fallen, und theilweise den einzelnen Ehegatten (unter ihnen wieder nach dem Verhältniß ihrer Liegenschaften) als eigene Schulden zur Last fallen.

Dieser Behauptung fehlt aber jede gesetzliche Basis.

Der behauptete Grundsatz ist durch das Gesetz (S. 1414) für die einem Ehegatten während der Ehe anfallenden Erbschaften aufgestellt; aber es ist keinerlei Rechtfertigungsgrund vorhanden, ihn willkührlich nun auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden, während doch das Gesetz (S. 1409) darüber, welche von den beigebrachten Schulden in die Gemeinschaft fallen und welche nicht, einen ganz andern (auf die Liegenschafts- oder Fahrnißeigenschaft der Schuld sich beziehenden) Grundsatz aufstellt.

In Bezug auf die vor Einführung des Landrechts geschlossenen Ehen, worin die Gemeinschaftsverhältnisse weder bei Eingehung der Ehe, noch nachträglich in den Jahren 1810 — 1812 durch Vertrag geregelt wurden, sagt das Gesetz (erstes Einführungsedikt §. XII., Nr. 3), daß sie so zu behandeln seien, wie wenn sie erst nach Einführung des Landrechts geschlossen worden wären, und das Vermögen, welches die Eheleute am 1. Januar 1812 hatten, ist als in die neue gesetzliche Gemeinschaftsehe eingebracht anzusehen. (Verordnung vom 26. Februar 1812.)

Die Frage, welche Schulden hiebei in die Gemeinschaft fallen, und welche nicht, ist also nicht so zu beantworten, wie das Gesetz es für die während der Ehe durch Erbschaft anfallenden Schulden festsetzt, sondern so, wie das Gesetz es für die bei Eingehung der Ehe sogleich beigebrachten Schulden bestimmt.

Der Grund, aus welchem der S. 1414 die während der Ehe anfallenden Erbschaftsschulden nach Verhältniß der in der Erbschaft begriffenen Liegenschaften zu den Fahrnissen als eigene Schulden des erbenden Ehegatten erklärt, tritt hier auch keineswegs ein. Der Grund dieser Bestimmung des S. 1414 liegt hauptsächlich in dem Umstande, daß die Schulden, mit welchen man eine Erbschaft erwirbt, gewissermaßen der Preis für diesen Erwerb sind, und daß, wenn man gegen Uebernahme der Schulden theils Liegenschaften, theils Fahrnisse erwirbt, die Schulden nach dem Verhältnisse dieser beiderlei Gegenstände theils ein Preis für Liegenschaften, theils ein solcher für Fahrnisse, und eben damit nach dem nämlichen Verhältnisse theils liegenschaftliche, theils fahrende Schulden sind.

Von diesem Gesichtspunkte aus enthält der Satz 1414 für Erbschaftsschulden gar nichts Singuläres, er enthält vielmehr nur eine Anwendung des im Artikel 1409 enthaltenen Grundsatzes, daß fahrende Schulden in die Gemeinschaft fallen, die von Liegenschaften herrührenden aber dem beibringenden Ehegatten zur Last bleiben.

Dieses Verhältniß tritt nun aber bei den Schulden, welche die Ehegatten im oben erwähnten Falle am 1. Januar

1812 aus der alten Ehegemeinschaft in die neugesetzliche einbrachten, eben so wenig ein, als bei jenen, welche ein Ehetheil sogleich Anfangs bei Schließung der Ehe einbringt, indem hier in diesen beiderlei Fällen die Schulden, die ein Ehegatte besitzt, nicht gerade nach dem Verhältnisse seines liegenschaftlichen Besitzes zu dem Werthe seiner Fahrnisse auf ihn gekommen sind. Es können vielleicht, wenn er neben einigen Liegenschaften auch viel Fahrnißvermögen besitzt, dennoch alle seine Schulden nur durch den Erwerb von Liegenschaften, oder es können gar keine derselben durch einen solchen Titel auf ihn gekommen seyn.

Die Ansicht, daß die Schulden, die ein Ehegatte am 1. Januar 1812 hatte, nach dem Verhältnisse seiner damaligen Liegenschaften zu seinen damaligen Fahrnissen ihm theils als eigene Schulden zur Last bleiben, theils in die Gemeinschaft fallen, ist also der Absicht, so wie dem Wortlaute des Gesetzes entgegen, — und in Bezug auf die Auseinandersetzung solcher Gemeinschaftsverhältnisse aus Ehen, die schon vor 1810 bestanden, worüber aber weder vor 1810, noch in den Jahren 1810 — 1812 schriftliche Verträge geschlossen wurden, gilt nur die Regel:

„Daß dabei verfahren wird, wie wenn die Ehe erst seit Einführung des neuen Landrechts geschlossen worden wäre, —"

jedoch mit der Singularität, daß

a. diejenigen Liegenschaften, welche die Ehegatten vor 1812 gesetzlich oder observanzmäßig in Gemeinschaft besaßen, in der neuen Gemeinschaft weder als das Alleineigenthum des ursprünglich beibringenden Theils, noch als ein Eigenthum der neuen Gütergemeinschaft zu betrachten sind, sondern daß der in der Ehe vor dem Jahr 1812 jedem Ehegatten gesetzlich oder observanzmäßig daran zugestandene Gemeinschaftsantheil nunmehr als sein eigenes (von der neuen Gemeinschaft ausgeschlossenes) Vermögen im Jahr 1812 in die neue Gemeinschaftsehe überging, — und daß

b. nach demselben Verhältnisse auch eine Schuld, die von dem Erwerbe einer solchen, vor 1812 gemeinschaftlichen, Liegenschaft herrührt, unter beide Ehegatten als eigene Schuld sich theile, wogegen alle, nicht von eigenen Liegenschaften eines Ehegatten herrührenden, Schulden eben so wie die Fahrnisse (selbst wenn sie vor 1812 von der Gemeinschaft ausgeschlossen waren) in die neugesetzliche Gütergemeinschaft fallen.

D. R.

II.

Erwiederung, die Ungleichförmigkeit der Rechtspflege betreffend.

(Zu Annalen V. Nr. 19 I.)

Der Verfasser des Aufsatzes in den Annalen IV. Nr. 26 hat die Bemerkungen zu widerlegen gesucht, welche in IV. Nr. 33 und 47 gegen das von ihm vorgeschlagene Mittel zur Erreichung gleichförmiger Rechtspflege vorgetragen worden sind.

Da in seiner Replik im Grunde nichts Neues vorgebracht ist, so kann die Sache füglich dem unbefangenen Urtheil erfahrener Männer überlassen werden. Die sicherste Belehrung wird aus dem Erfolg zu schöpfen seyn, wenn je die projectirte Einrichtung entstehen sollte, was ich jedoch sehr bezweifle.

Nur die versuchte unrichtige Deutung jener Bemerkungen fordert zu einer kurzen Berichtigung auf, die jedenfalls mein letztes Wort in diesem Streite seyn wird.

Wenn der Proponent glaubt, die Verfasser der beiden gegen ihn gerichteten Aufsätze seien in einem für seinen Vorschlag wesentlichen Momente wieder nicht mit einander einig, so zeigt die Vergleichung jener Aufsätze das Gegentheil. Ich habe auf eine, schon durch die oberhofgerichtlichen Jahrbücher 1833, S. 349, 350 bekannt gewordene Justizministerialverordnung, resp. Staatsministerialentschließung hingewiesen, wornach bei einer zwischen den Senaten eines Gerichtshofs entschieden hervortretenden Abweichung der Ansichten über eine Rechtsfrage, wenn eine Vereinigung darüber durch eine Plenarberathung nicht herbeigeführt werden kann, die Gerichtsvorstände die Einschreitung des Gesetzgebers veranlassen sollen. Der Verfasser des Aufsatzes in Nr. 47 hält — in den Hauptpunkten, insbesondere im Resultat mit mir übereinstimmend und jenen Vorschlag verwerfend — die legislative Entscheidung für das einzige Mittel, und will dasselbe sogar dann schon angewendet wissen, wenn noch keine widerstreitenden Urtheile der Gerichte, wohl aber abweichende Ansichten der Doctrin vorliegen. Die Redaktionsnote endlich warnt nur vor dem vielen Interpretiren, erklärt sich aber gegen die authentische Wirksamkeit der Präjudizien. Ich wüßte nicht, wo nun hier eine Divergenz zu Gunsten des Proponenten liegen sollte. Für die Erörterung der Streitpunkte scheint mir jede Ausführung über die Nachtheile einer ungleichförmigen Rechtspflege, die Anforderungen an eine gute Rechtsverwaltung u. s. w. unerheblich.

Denn es ist meines Wissens noch Niemand eingefallen, solche längst ausgemachte Sätze zu bestreiten. Nicht minder unbestritten wird es seyn, daß derjenige, der von der Abtheilung eines Obergerichts in Senate gar nichts weiß, die Senatserkenntnisse ohne Unterscheidung dem Obergerichte zuschreiben muß.

Es handelt sich jedoch nicht um die Nachweisung, daß eine Vermeidung solcher widerstreitenden Urtheile zu wünschen sei, was gewiß auch noch nie bezweifelt wurde, sondern um die Wahl des dagegen anzuwendenden Mittels.

Was die einzelnen Gegenbemerkungen anbelangt, so fand ich die Aeußerung des Gegners am Schluß seines ersten Aufsatzes (Nr. 26) in so fern unbegründet, als er die Verschiedenheit zweier Senatserkenntnisse einem namentlich bezeichneten Gerichtshof gleichsam zum Vorwurf machen wollte, während jene Erscheinung eine unvermeidliche Folge der bestehenden Gerichtsverfassung ist, bei allen in Senate abgetheilten Kollegialgerichten nicht nur im Großherzogthum, sondern in allen Staaten vorkommt, und bei einer nach der eigenen Deduction des Gegners so sehr controvers gewordenen Frage leicht erklärt werden kann. Dabei mußte die Organisation der Obergerichte und ihrer Senate, als Ursache jener Wirkung, zur Sprache gebracht werden, weil sie der Gegner ignorirt hatte, und weil sie, wie er (S. 110) selbst behauptet, dem Publikum, zumal in ihrer schroffen Scheidung, weniger bekannt ist.

Eine philologische Forschung darüber, ob die Urtheile zweier Senate „aus dem Schooße desselben Gerichtshofs" hervorgegangen seien, wird zur Aufklärung der Sache nichts weiter beitragen. Indessen wird wohl Niemand läugnen wollen, daß bei der bestehenden Einrichtung, welche doch nicht etwa als gesetzwidrig angegriffen seyn soll, die Senate verschiedene Richterkollegien bilden, und daß mehrere Kollegien nicht ein Kollegium sind.

Wer bloß daran Anstoß nimmt, daß das Recht suchende Publikum mit der Theilung der Gerichtshöfe in Senate weniger bekannt ist, würde die einfachste Abhülfe in der öffentlichen Verkündung dieser Einrichtung finden. Eine mehr bemerkbare Unterscheidung in der Bezeichnung der einzelnen Senate, welche jetzt in den Ausfertigungen nur aus einem kurzen Beisatz (I. oder II. Senat) wahrzunehmen ist, könnte dann auch nach außen zu erkennen geben, welches Kollegium gesprochen hat. Wir finden Aehnliches in andern Staaten, wo derselbe Gerichtshof in seinen Functionen und in der Ausfertigung seiner Beschlüsse bald als Civilsenat, bald als Criminalsenat, als ehegerichtlicher Senat, Puppillensenat u. s. w. erscheint. Wenn sich hier im nämlichen Gerichtshofe mehrere Kollegien denken lassen, so müßte man auch einen ersten und zweiten Civilsenat mit besondern Sprengeln schärfer unterscheiden können.

Dieß wäre das Mittel, welches ich für denjenigen, dem es nur auf den Namen ankömmt, klar angedeutet habe.

Wenn man aber in der That verhüten will, daß bei meheern unter der äußern Form eines Gerichtshofs an demselben Ort fungirenden Richterkollegien ungleichförmige Entscheidungen vorkommen, so bleibt, wie schon gesagt, nichts übrig, als die Abtheilung in Senate aufzugeben, und mehr Obergerichte mit kleinern Bezirken zu errichten.

Alle Vortheile der Plenarentscheidungen, die uns der Proponent mit einer grellen Schilderung der Nachtheile der Senatserkenntnisse entgegenhält, z. B. die vermehrte Zahl der Richter, die Fällung des Urtheils nach der Ansicht der wirklichen Majorität des ganzen Gerichtshofs u. s. w., sind nicht allein für diejenigen Fälle, wobei eine Controverse vorkömmt, sondern mit demselben Rechte auch für andere Fälle zu vindiziren, welche bei gleicher Wichtigkeit wegen ihrer Verwicklung zur richtigen Entscheidung Scharfsinn und Gesetzeskenntniß in gleichem Maße fordern können. Diese Argumente beweisen daher mehr und etwas Anderes, als sie sollen; sie beweisen, daß man sich beeilen müßte, die Abtheilung der Gerichtshöfe in Senate völlig aufzuheben.

Dabei kann ich mich jedoch immer noch nicht überzeugen, wie der gesunde Sinn der Rechtsuchenden es sich zusammenreimen, wie das beleidigte Rechtsgefühl sich darüber beruhigen wird, wenn eine solche Streitfrage von den Gerichten desselben Landes, ja von dem nämlichen, ohne Abtheilung in Senate urtheilenden Gericht in bunter Mischung heute so und morgen anders entschieden wird.

Ich komme somit immer wieder zu dem Resultat, daß da, wo eine constante Meinungsverschiedenheit über eine Rechtsfrage vorliegt, nur die Gesetzgebung helfen kann, und helfen soll, wie dieß jüngst, durch widersprechende Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs veranlaßt, hinsichtlich der Streitfragen über die Form der Eheverträge und anderer Amtsrevisoratsurkunden und über die Genugthuungsquart geschehen ist. Dabei versteht sich von selbst, daß nicht überall, wo irgend ein, vielleicht nur vorübergehender Dissens sich zeigt, schnell ein neues Gesetz gegeben werden muß, und daß die Gesetzgebung mit Vorsicht und Beachtung des Systems einschreitet.

Ich halte daher nach wie vor die Bestimmungen der angefochtenen Ministerialverordnung für durchgreifend, weil sie stets und sicher zum Ziele führen. Ihre Handhabung ist, wie der Gegner wissen sollte, und aus dem angeführten Inhalt der Verordnung selbst sehen mußte, nicht Sache des einzelnen Gerichtsmitglieds; der Vorwurf aber, den er auch hier wieder gewissermaßen dem genannten Gerichtshof machen will, ist nicht passend, weil er nicht wissen kann, was der Gerichtshof in Beziehung auf die fragliche Controverse gethan hat, und weil doch der „Doppelfall" nicht vor seinem Daseyn schon eine Wirkung haben konnte.

Was endlich den Vorschlag des Gegners betrifft, so hat er in seinem zweiten Aufsatz so wenig, als im ersten uns gesagt, wie derselbe eigentlich ausgeführt werden soll, was hier doch gerade die Hauptsache ist. Man könnte aus seinen eigenen Aeußerungen vielmehr schließen, daß er darüber mit sich selbst noch nicht im Reinen sei. Darum scheint auch mein verehrter Streitgenosse in Nr. 47 ihn so verstanden zu haben, als ob er mit einer Modification die gemeinen Bescheide wieder einführen wolle.

Es liegt mithin zur Zeit noch gar kein Vorschlag vor, der zur Besprechung reif wäre.

Indessen hat der Proponent die gegen sein Projekt vorgetragenen Einwürfe, insbesondere hinsichtlich der Schwierigkeiten in der Ausführung, nicht so glücklich beseitigt, als er glaubt.

Ich setze gerne voraus, daß es keine Richter gibt, die im blindem Dünkel stets nur die eigene Ansicht für das Product der Weisheit halten, und die Gegengründe ohne gebührende Prüfung zurückweisen. Allein ein solcher Wahn ist doch wohl zu unterscheiden von dem Festhalten an einer Ueberzeugung, die der Richter nach sorgfältiger Abwägung der bei solchen Controversen gewöhnlich schon durch die Doctrin erörterten Gründe und Gegengründe sich gebildet hat, und die er nicht in einem Schwanken, das die Redaktionsnote (IV. S. 284) gewiß mit Recht eine falsche Richtung nennt, ohne überwiegende neue Gründe so leicht wieder opfern wird.

Außerdem scheint dem Gegner entgangen zu seyn, daß die Hoffnungen, die er auf den Kampf mit Gegengründen in Plenarberathungen baut, gerade auch für mich sprechen. Denn die angeführte Verordnung will ja eben, daß eine Vereinigung über die Streitfrage durch eine Plenarberathung versucht werden soll.

Wo diese Hoffnungen aber nicht in Erfüllung gehen, da könnte es doch wohl eher in ein „Possenspiel" ausarten, wenn man in einem seltsamen Kreislauf bei jedem vorkommenden Fall dieselbe bekannte Streitfrage von dem Senat, der sie nach einer durch viele Fälle bestätigten Erfahrung einstimmig oder mit entschiedener Majorität verneint, stets wieder zuerst verneinend beantworten ließe, um sie alsdann eben so oft vom Plenum bejahen zu lassen.

Wenn der Proponent meiner weitern auf der Schwierigkeit der Ausführung beruhenden Einwendung mit der Bemerkung zu begegnen sucht, daß ein jeder Obergerichtspräsident die „erheblichsten" Controversen kennen werde, was ich ebenfalls voraussetze, so muß man schließen, daß er die Plenarentscheidung nur bei einer Collision der Erkenntnisse in den erheblichsten Controversen eintreten lassen will. Damit liefert er uns aber gerade den Beweis, daß sein Vorschlag ohne die empfindlichsten Nachtheile für die Rechtspflege nicht ausführbar ist. Denn da man natürlich dem Gesetzgeber nicht zumuthen wird, bei der Einführung des vorgeschlagenen Instituts auch die erheblichsten Controversen voraus zu definiren oder gar einzeln zu bezeichnen, so hätten alsdann nach dem Vorschlag des Gegners die Gerichtspräsidenten in jedem konkreten Fall vorerst zu beurtheilen, ob die vorliegende Controverse in die Klasse der erheblichsten gehöre, daher vor das Plenum zu bringen sei, oder nicht. Welche Rechtsgleichheit dadurch entstehen würde, bedarf wohl keiner weitern Beleuchtung.

Daß hier die Memorabilienbücher nicht ausreichen, so nützlich sie auch zu andern Zwecken seyn mögen, begreift sich leicht.

Dagegen wird mir Niemand im Ernste bestreiten wollen, daß jedesmal, so oft ein vor das Plenum zu bringender Fall nicht dahin gebracht, sondern in entgegengesetzter Weise vom Senat abgeurtheilt würde, eine schreiende Rechtsverletzung gegen die dadurch unterliegende Partei begangen wäre. Ein solches Senaturtheil wäre nichtig, und jede Entscheidung eines Senats, in deren Bereich nur mit einigem Schein eine Rechtsfrage gezogen werden könnte, wäre einer beliebigen Anfechtung ausgesetzt — ein Rechtszustand, der nicht wünschenswerth seyn kann.

Was der Vorschlag durch die Bemerkung gewinnen soll, daß von einer Rechtsungleichheit nicht mehr die Rede seyn könne, sobald die Einrichtung gesetzlich bestimmt sei, ist nicht einzusehen. Dasselbe müßte auch von einer in gesetzlicher Weise geschehenen Einführung der Senatserkenntnisse und von deren Folgen gelten. Hier ist aber davon die Sprache, daß die vorgeschlagene Einrichtung, wenn sie gesetzlich würde, im Vollzug nothwendig gegen die ersten Prinzipien einer gleichförmigen Rechtspflege anstoßen müßte.

Ich kann daher nur wiederholt die Ueberzeugung aussprechen, daß ich den Vorschlag des Gegners nicht zweckmäßig finde, weil er das in Frage stehende Uebel nicht heilt und andere Uebel im Gefolge hat.

Woll.

III.

1) Der Anfang.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

(Fortsetzung.)

Man kann nun mit Allem in der Welt einmal anfangen, und als Schriftsteller ebenfalls. Mit Politik kann man auch anfangen und kann bei Betrachtung des Staatslebens, wie auch bei andern Dingen, an verschiedenen Punkten anfangen, und es wird an der Bildung liegen und an der Gewohnheit, wo man den Hauptgrund und die Basis zu vermuthen gewohnt ist. Es gibt Völker, die bei allen ihren Betrachtungen über den Staat mit der fürstlichen Gewalt anfangen, und da im Begriffe der Freiheit liegt, daß sie in jeder Form das schlechthin aus sich Anfangende sei, und nicht ein Abgeleitetes und mithin Abhängiges, so lag, wenn die Vorstellung der Menschen das Unbedingte in dem Rechte des Regenten ausdrücken wollte, das doch unabweislich im Begriffe liegt, es schon darum nahe, dieß als in göttlicher und damit absoluter Autorität begründet anzusehen. Anderen Völkern sind Freiheit und Monarchie heterogene Begriffe, und sie wollen dieses einzelnste Ich des Fürsten

nicht als das Allgemeinste und als das belebende Prinzip gelten lassen. Wo aber auch die Seele des Staatslebens gesucht werde, in dem einzelnen Ich, von oben an gerechnet, oder in den vielen Einzelnen, von unten auf, oder in mehreren besonderen Einzelnen, immer liegt in der Einzelnheit des Ich die Seelenhaftigkeit und der Geist und der Wille und der Entschluß und Alles, worauf der Organismus jedes Staats beruht, und in so ferne kann man gewiß behaupten, daß jeder Staat etwas Ideelles ist. Weil nun die Philosophie solches Geistiges vorzugsweise ins Auge faßt, so meinten die alten Griechen, die dergleichen verstanden, daß ein Staatsmann ein Philosoph seyn solle; nicht umgekehrt. Da wir nun heutzutage, fast wie einst die Griechen, beinahe so viele Staatsmänner haben, als Männer, Juristen und Cameralisten ohnehin, so kann das goldene Zeitalter der Philosophie nicht mehr ferne seyn. Der Anfang einer gründlichen Staatswissenschaft ist also eine tüchtige Philosophie, und ein tüchtiger Anfang der Philosophie ist vielleicht die Staatswissenschaft. Denn daß Napoleon auf St. Helena den Hegel mit Nutzen studirt hätte, wenn er ihm bekannt und französisch gewesen wäre, das ist mir eine ausgemachte Sache, obgleich, zum Glück der Welt, solche umfassende Vorstudien zur Spekulation gar nicht nöthig sind, so wenig als die Eroberungswuth nothwendige Folge des vernünftigen Philosophirens ist, wie der große Alexander vermuthen lassen könnte.

Wie weit nun auch der unsterbliche Bezwinger von Asien bei seinem unvergeßlichen Lehrer im Denken gekommen seyn mag, so ist ausgemacht, daß er, wie alle großen Geister, auch einmal in den Windeln lag, und schon das läßt es nicht ganz zweifelhaft, womit sein Denken angefangen haben wird. Sei es, was es wolle, so wissen wir, daß aller Anfang eine Ursprünglichkeit bezeichnet; denn was man auch in einem bestimmten Falle für den Ursprung einer Wissenschaft ansehen wolle (etwa der Staatswissenschaft oder der Philosophie überhaupt, oder auch der Fortifikation u. s. w.), um entweder von der Allgemeinheit ausgehend zur synthetischen Methode, oder von dem unmittelbaren und einzelnen Seyn anfangend zur analytischen Methode zu kommen, oder, wie Aristoteles, zu beiden; — alle denkbare logische Methode, sie mag vom allgemeinen Seyn oder vom einzelnen Seyn ausgehen, wird immer von irgend einem Ursprünglichen (einem Seyn) anfangen müssen, oder sie müßte überhaupt auf das Anfangen verzichten. Alles Denken und alle Logik fängt also vielleicht (bei Alexander dem Großen gewiß) mit dem Seyn an, wenn sie anders mit einem Anfänglichen beginnen will. Doch gibt es auch sonst noch allerlei Anfänge des Denkens, große und unscheinbare, wesentliche und unbedeutende, und der allerwesentlichste Anfang alles Philosophirens ist, daß man selbst zu denken sich gewöhne. Wo man aber auch anfange zu denken, beim absoluten Anfange oder weniger pompös, so sei es nur nicht beim reinen Anschauen, das sich selbst nicht erkennt. (Sie nennen's auch den absoluten Standpunkt, vergessen aber, daß der Ausdruck ein Prinzip bezeichnet und dieß nur ein Anfang ist). Und wenn durchaus mit einem absoluten Standpunkte angefangen werden muß, wie bei einer allgemeinen Logik, dann ist es ehrlich und wahrhaftig und beugt allein allen Verwirrungen vor, wenn man sagt und auch nachweist, daß dieses Seyn auf dem absolut-ersten Standpunkte noch gar Nichts ist, denn der Anfang soll nicht für sich bestehen (der absolute Standpunkt auch nicht) und der Anfang der Philosophie, als völlig reiner und nichtssagender Anfang, enthält weiter gar nichts, und es hat sich dabei nichts zu zeigen, als daß schon in ihm die Unterscheidung liegt, und daß folglich sogleich weiter gegangen werden muß. Der Anfangspunkt ist freilich der Grund alles Folgenden, und den rechten Grund gefunden zu haben ist wichtig, aber der Anfang bedingt nur den Gang des Entstehens und soll dieses nicht hindern. Wenn also als Bedingung des philosophischen Denkens verlangt worden ist, man solle sich auf dem absoluten Standpunkte halten, und wenn das viele ehrlichen Leute, neuerlich Schellingianer, völlig irre und stättisch und unfruchtbar gemacht hat, so muß man bedenken, daß nicht nur Spinoza, wenn er sagte, man solle alles sub specie aeterni betrachten, sondern daß im Grunde alle Philosophen dasselbe verlangt und auch nachweislich zu allen Zeiten viele Köpfe in Konfusion gebracht haben, bei denen aus tiefer liegenden Gründen alles Seyn im reinen Denken stets Nichts war und auch Nichts blieb.

Dieser Exkursus deutet auf die Wichtigkeit des Verständnisses solcher einfachen Gedanken und zeigt, wie aller Anfang, obgleich unmittelbar und nur Seyn (was eine Tautologie ist), doch auch immer ein positiver seyn muß; und wenn man, wie Fichte, die Idee hatte, man müsse von sich selbst anfangen, wofern man absolut anfangen wolle, und das Denken muß allerdings mit sich selbst anfangen, so war die Bezeichnung dieses positiven Anfangs (von ponere, setzen) durch Setzen dieses Selbst sehr richtig gewählt. Gesetzt aber nun, der Anfang überhaupt würde gesucht, nicht der Anfang vom Selbst, so müßte das Seyn überhaupt als das Erste gesetzt werden.

So einfach demnach der Begriff des Anfangs scheint, so gibt es doch, sobald man den noch völlig unbestimmten Anfang (das ganz Unmittelbare, rein Allgemeine) als ärmste logische Form des Denkens verläßt und mit irgend einer andern Sache, als mit der Logik, anfangen will, immer neue Anfänge, und kein einziger Anfang in der

weiten Welt des Denkens und Seyns, auch der willkührlichste, ist so ganz formell, als der absolute Anfang der Logik, der seiner Natur nach das Allerunvollkommenste (Nichts als Seyn) ist. Wenn wir nichts Anderes, als Seyn denken, so denken wir noch nichts weiter, als Nichts; und da nun aller andere Anfang (außer dem absoluten mit gar Nichts) etwas Abgeleitetes seyn wird, und etwas, was wieder rückwärts begründet seyn will, so kann man einen richtigen Anfang auch immer als den einfachen Grund der Sache betrachten, und alles vorwärts gehende Weiterbestimmen eines Gegenstandes wird in strengen und philosophischen Wissenschaften vielleicht nichts anderes, als ein consequentes Entwickeln des relativen Anfangsbegriffs seyn können, und nur ein vernünftiger Keim wird Vernunft zur Erscheinung zu bringen vermögen. So haben vielleicht alle einzelnen philosophischen Wissenschaften ihre relativ-absoluten Anfänge, die nämlich nicht beliebig gewechselt werden können, und die scheinbare Inhaltslosigkeit der Anfänge, wenn sie sonst logisch die richtigen sind, wird mit dem Fortgange der Wissenschaft bald genug sich ausfüllen und die Dehnbarkeit der Grundidee sehen lassen, die immer klarer wird, ohne ihre Festigkeit einzubüßen; anstatt daß complizirte und aus heterogenen Theilen bestehende Anfänge in Wissenschaften bei der Ausbreitung sogleich zerfallen.

So ist der Begriff des freien Willens der Anfang und der Grund aller Persönlichkeit und damit alles Rechtes und alles Staatslebens, denn wie die Persönlichkeit überhaupt das Erste ist, so ist sie auch als Persönlichkeit des Staats das Letzte, worauf alle Kraft der Gesammtheit hinstrebt. Der Anfang der wahrhaften Freiheit liegt demnach für uns, so sagt man mit Recht, in unserer Verfassung, und, in so ferne wir nur ein Theil eines größeren Volksganzen sind, auch in den Verfassungen aller anderen deutschen Völker, und wir werden nie vergessen, daß wir an unsere Freiheiten und Rechte Gut und Leben zu setzen verpflichtet sind; wir sind aber auch veranlaßt, uns zu erinnern, daß, schon seit in der Person des Sokrates die Freiheit des Geistes als sich wissende Idee aufgetreten ist, und (weil man doch heutzutage Sokrates und Christus zusammenzustellen sich erkühnt hat), daß wir Christen auch die letzte Entschließung in allen Angelegenheiten unserer Freiheit und unseres Staatslebens als eine Person anzuschauen gewöhnt sind, d. h. als ein Ich, das sagen kann: ich will. Irgend ein Ich an der Spitze, der Name sei, welcher er wolle, muß des Volkes und seinen eigenen vernünftigen Willen als freie Person repräsentiren. Und da wir einmal das Wesen unserer Freiheitsidee in der Person und dem Willen des Ich zu concentriren gewöhnt sind, so wird es unmöglich seyn, mit unserer Gesinnung Demokratien im Sinne der Alten, oder auch nur Aristokratien anders, denn als schnell vorübergehende Erscheinungen bestehen zu sehen. Der Unterschied unserer Monarchien von den orientalischen Despotien liegt also wohl in unseren Verfassungen, wie in der ganzen Volksgesinnung, aber was wir unter einem Monarchen verstehen, den vernünftigen Willen als höchste Person, das ist von dem, was man sonst auch in Europa darunter dachte, so verschieden, als überhaupt die neue Welt von der alten; und wenn der Hannoveraner eine sonderbare Vernunft geltend machen will, so wird es die in der Ueberzeugung des Volks feste Verfassung gerade so unmöglich machen, als der Wille des Monarchen unpassende demokratische Auswüchse zu verhindern die Gewalt hat. Wie das gemacht werden müsse, das wissen fast alle Leute; aber daß jedes Staatsgebäude einen inneren Gegensatz enthalten muß, weil es etwas Lebendiges ist, das scheinen nicht Alle zu wissen, weil man immer Viele sieht, die gerne eines der thätigen Glieder und Lebensmomente beseitigen möchten. Würde es geschehen, so wäre es gewiß zu ihrem eigenen Schaden, denn ein europäisches Volk ohne Regent, oder ein europäischer Regent ohne alle Verfassung ist mit der jetzigen europäischen Gesinnung darum nicht zu vereinbaren, weil schon in unserer Religion, und folglich Erziehung, die Keime zur möglichsten Freiheit des Ich zu tief liegen, und weil, nach historischen Erfahrungen, keine bis jetzt erlebte Staatsform diesem Freiheitszwecke so gut entspricht, als die uns gewordene Vereinigung der Hauptmomente, die in allen denkbaren Staatsformen vereinzelt vorkommen müssen. Unsere wahre Freiheit liegt also in unserer monarchischen Constitution oder konstitutionellen Monarchie, wie Einer will, und der Anfang unseres Staatsrechts ist diese Idee, die aber noch unentwickelt nicht vor Irrthümern bewahren wird. An welchem Punkte man also ein Staatsrecht, oder was sonst immer für eine philosophische Disciplin, anfange, das wird nicht unwichtig seyn, weil die präcise Entwicklung eines solchen Keimes am Ende nothwendig wieder zur ersten Idee zurückführen wird. Darum ist auch das Capitel von den Ideen eines der schwersten in der ganzen Philosophie, und die Idee des freien Willens ist eine der wichtigsten Ideen.

Der Begriff dieser Freiheit, noch unentwickelt, ist den Menschen im Anfange etwas mehr oder weniger Abstraktes und Hohles, und sie wissen noch nicht recht, was sie damit wollen, und wie sie den noch ungeregelten Trieb nach Freiheit des Willens realisiren sollen, aber in allen ihren Versuchen, auch in den verworrensten und unseligsten, bleibt dieser Anfangsbegriff der Persönlichkeit immer als letzter Grund und Bewegungskraft ihrer Handlungen versteckt vorhanden, und wenn dann am Ende,

nach allen Bemühungen und Versuchen, wieder nichts anderes vorhanden ist, als der Begriff des Geistes, die freie Selbstständigkeit, und wenn alle Einzelnheiten in den allgemeinen Begriff zurückkehren, der dadurch nur explizirter und klarer hervorgearbeitet ist, so liegt der tiefste Grund dieser Erscheinung darin, daß es immer Geister waren, nur mehr oder minder gebunden und trübe, die durch eine Scheinwelt von Meinen und Irren sich zur Ordnung des Begriffs durchgedrungen haben; und wie der junge Jurist im jus anfänglich nur ein trübes Chaos sehen kann, in das sein Geist Ordnung und Ziel bringen muß, so kann auch jeder Staatsbürger nur im selbst geregelten Denken eine vernünftige Ansicht des Staatsganzen hoffen. Wo also am Ende etwas Gedachtes zum Vorschein kommen soll, da muß schon im Anfange ein Gedanke vorhanden seyn, und wo das Streben nach freiem Denken nicht uranfänglich schon vorhanden ist, da wird auch das Resultat niemals sehr geistig seyn. Die vollendete Idee eines vollkommenen Staates, als Resultat einer schon anfänglich wohl überlegten Bemühung denkender Menschen, würde also ein Zustand seyn, in welchem der vernünftige Wille völlig realisirt wäre und der Begriff der Freiheit in seiner höchsten Entwicklung immer nur sich selbst ins Daseyn brächte. Aber so ausgesprochen ist dieses Ziel in allen seinen Bestimmungen noch völlig unentwickelt, und ist auch alles in der Zukunft Mögliche schon in dieser Idee der Freiheit implicite enthalten, so ist sie dennoch vor der Hand nichts weiter, als ein Begriff in seinem Anfange, dessen Bestimmungen und Verhältnisse noch nicht in sich selbst entwickelt, und der noch gegensatzlos und abstrakt ist.

Ist nun auch jede Idee, ja jeder unbedeutende Gedanke, fähig, als Anfangspunkt irgend einer Entwicklung hingestellt zu werden, so muß doch der Ausgangspunkt für alle möglichen Ideen und für alle denkbaren Gedanken, also der Anfang der Logik überhaupt, als absoluter und mithin völlig abstrakter Anfang, völlig unmittelbar, völlig einfach und noch ganz leer seyn; und wenn das Anfangen in der Sprache die Bedeutung hat, daß Etwas als Unmittelbares (man sagt: Seiendes) gesetzt und gedacht werden solle, so kann der Anfang, überhaupt und ganz allgemein gedacht, nur durch das Wort Seyn in unserer Sprache logisch richtig bezeichnet werden. Der logisch-einfachste Gedanke, und folglich der Anfang alles Denkens, ist nie etwas anderes, als das Seyn, und vom Seyn redet auch die ganze Welt, und alle Sprachen haben dafür einen so allgemein gebräuchlichen Ausdruck, als der Gedanke „Seyn" allgemein und allem Sprechen in allen Verhältnissen unentbehrlich ist. Wer den Anfang des Denkens durch ein anderes Wort bezeichnen wollte (wie Fichte durch „Ich"), würde doch immer die allgemeine und unbestimmte Bedeutung nicht überwinden können. Die Griechen, ein klares Volk, haben dieß zuerst eingesehen und zuerst ganz bestimmt das Seyn als die allgemeinste, ärmste und erste Kategorie bezeichnet.

Wenn demnach aller Anfang abstrakt und noch unentwickelt ist und die reichste Idee anfänglich noch keinen Reichthum zeigen kann, so kann auch der abstrakte logische Anfang (das Seyn, das noch Nichts bedeutet) als bloßer einfachster Ausgangspunkt des Denkens noch weiter keinen Reichthum von Gedanken präsentiren, das ist nicht zu verwundern. Der Anfang ist weiter nichts, als die erste Bestimmung, und daß man in der Logik dafür das noch ganz Unbestimmte (das bloße Seyn) gelten lassen möge, diese Forderung ist gar nicht so unbescheiden und auffallend, da auch der gelehrteste Leser ohnehin nicht anders gewöhnt ist, und je belesener und denkkräftiger er ist, desto sicherer wird er bei vielen, noch versteckten, Anfängen, und das sind gerade die rechten, z. B. beim Anfange des Menschengeschlechts, gar nicht wissen, ob er mit Eins, oder Zwei, oder Vielen anfangen soll, und dann in Gottes Namen mit dem Seyn unseres Geschlechts seine Untersuchung beginnen, wie auch andere Gelehrte vor ihm genöthigt waren, und wie man auch bei Anfang und Ende der Welt, bei Anfang der Zeit und des Raumes sich nicht anzustellen weiß und nur froh seyn muß, daß sie sind, ähnlich wie man auch sogar das Naturrecht mit dem bloßen Seyn des Begriffs der Freiheit zu beginnen genöthigt ist, wenn man diesen Begriff noch nicht explizirt überdacht hat.

Soll aber das Anfangen des logischens Denkens mit dem Begriffe des Anfangs nicht dennoch als etwas Willkührliches erscheinen, vielmehr als etwas sogar Nothwendiges, so muß auch in diesem Anfangspunkte schon die Möglichkeit eines, zwar noch jenseitigen und unbegriffenen, aber um so gewisser vorhandenen Reichthums an Gedanken durchblicken, als das wahre Wahre nicht etwas Problematisches bleiben kann, sondern sich selbst, auf allen seinen Stufen und auch in unvortheilhaften Stellungen, wenigstens theilweise in ein entschiedenes Licht zu stellen die Kraft in sich tragen muß. Was unsern Blick zunächst auf sich gezogen hat, ist der Anfangsgedanke Seyn, und wie wenig sagend dieser Begriff auch seyn mag, so wird er doch, da er der unabweisbare einfachste Anfangspunkt allgemeiner Denkverhältnisse zu seyn scheint, wenigstens für so wichtig angesehen werden müssen, als überhaupt ein Grundstein zu einem Gebäude ist, der, wenn er auch nicht den Plan und die Idee des vollendeten Ganzen zeigt, doch als der Stützpunkt dieses Ganzen betrachtet wird.

Da wir nun einmal auf Principien unsere Aufmerksamkeit wieder zu richten nicht mehr zu vornehm uns dünken, so wollen wir auch die einfachsten Fundamente zu berücksichtigen nicht verschmähen, und selbst das Allereinfachste, das Seyn, einer noch nähern Betrachtung nicht unwerth halten. Dieß Zutrauen zur Nothwendigkeit und Wichtigkeit auch der völlig unbedeutend scheinenden Denkverhältnisse wird unvermerkt die erst noch unbestimmt vorschwebende Idee der Philosophie zu kategorischer Präcision bringen und die einfachsten Gedanken als das Allgemeingültigste, und wenn das Unentbehrliche nützlich ist, sie auch als dieses erscheinen lassen. R.

(Die Fortsetzung dieser rechtsphilosophischen Aufsätze folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 20. Karlsruhe den 19. Mai 1838.

I.

Erwiederung auf den Aufsatz wegen Zuläßigkeit des Indicienbeweises in Nr. 16 der Annalen d. J.

Wenn dieser Aufsatz eine Widerlegung der in Nr. 12 entwickelten Ansicht über die Unzuläßigkeit des Indicienbeweises zur Erkennung einer ordentlichen peinlichen Strafe seyn soll, so könnte ich ihn füglich mit Stillschweigen übergehen, weil jeder unbefangene Leser darin zwar mehrere sich für unumstößlich ausgebende Behauptungen, vermischt mit Verdrehungen der Gründe in Nr. 12, aber nichts von einer ruhigen und wissenschaftlichen Erörterung der so wichtigen Frage finden wird. Oder sollte es mit uns, die wir Belehrung suchen, schon dahin gekommen seyn, daß wir die Behauptungen in Nr. 16 als Rechtsgründe und die dorten aufgestellten Sätze als Gebote des Gesetzes annehmen müssen. Sollen wir auf den Satz:

„Die Frage: ob auf Indicien eine Verurtheilung zur „ordentlichen Strafe Statt findet, muß demnach „bejaht werden, sobald ausgemacht ist, daß nach „dem Gesetze das Subject der That durch künstlichen Be„weis in kriminalrechtliche Gewißheit gesetzt werden kann;"

nicht darnach fragen dürfen, wo denn dieses ausgemacht worden sei? Sollen wir nicht verlangen dürfen, daß man uns nachweise, wo denn unser Strafgesetz ausmache, daß man durch Indicienbeweis die Autorschaft eines Verbrechens in kriminalrechtliche Gewißheit setzen könne?

Sollen wir auf die Behauptung

„da bekanntlich aus bloßen Anzeigen bald nur ein „entfernter, bald ein mehr oder minder dringender Verdacht, „bald jedoch auch eine völlige kriminalrechtliche Ueber„führung hervorgehen kann;"

nicht die Frage stellen dürfen, wo denn in unsern Gesetzen diese so bekannte Sache zu finden sei, daß bei uns bloße Indicien eine völlige Ueberführung des Verbrechers zu Stande bringen. Fürwahr, ich für meinen Antheil bin nicht eigensinnig, und ich bitte daher inständig, mir doch diese ausgemachten Sachen und bekannten Dinge zu zeigen, und ich will alsdann gerne das Ausgemachte als ausgemacht und das Bekannte als bekannt annehmen. Aber ich habe die schlimme Gewohnheit, alles mir auf meinem Standpunkt Begreifbare auch begreifen und namentlich in der Rechtswissenschaft Niemanden etwas auf sein alleiniges Wort glauben zu wollen, und wenn mir nun Jemand kommt und mir von ganz ausgemachten Sachen und allbekannten Dingen spricht, wovon ich eben nichts weiß, so werde ich nur um so störriger und komme gar auf den Verdacht, daß man mich nicht mit Gründen belehren, sondern mit unerwiesenen, und unerweisbaren Behauptungen niederschlagen will. Das lasse ich mir aber nicht gefallen. Und so hat bei mir wenigstens der Aufsatz in Nr. 16 in nichts angeschlagen. Ja ich bin dadurch gerade noch mehr in meiner Ansicht bestärkt worden, und um zu versuchen, diese meine Bestärkung auch Andern einzuflößen, das ist der Grund, warum ich noch einmal das Wort ergreife.

Mein verehrter Herr Gegner vertheidigt die Zuläßigkeit des Indicienbeweises, und da er sich selbst als Wächter des Gesetzes hinstellt, so wird man annehmen dürfen, daß er sich, um seine Wache gut zu halten, zusammengenommen und alles beigebracht hat, um seine Ansicht — das Gesetz zu vertheidigen und die entgegenstehende zu widerlegen.

Vergleicht man aber die beiden Aufsätze in Nr. 16 und Nr. 12, so wird es dem unbefangenen Leser alsbald in die Augen fallen, daß mehrere von den in Nr. 12 für die Unzuläßigkeit des Indicienbeweises zur Erkennung der vollen peinlichen Strafe vorgetragenen Gründe in nichts gewürdigt und widerlegt, sondern entweder mit nakten Behauptungen abgespeist oder mit gänzlichem Stillschweigen übergangen worden sind.

So ist aus der Zusammenstellung der §§. 10, 11 und 18 des Strafedikts und insbesondere aus der Erörterung der dortigen Ausdrücke des zu einer ordentlichen Strafe hinreichenden Beweises und des rechtsbehörig überwiesen zu zeigen versucht worden, daß damit der Indicienbeweis dem formellen entgegengesetzt wird, und es ist daraus geschlossen worden, daß bei uns nur auf den letztern eine ordentliche peinliche Strafe ausgesprochen werden soll. Von dieser doch gewiß nicht so ganz aus der

Luft gegriffenen Betrachtung ist nun in Nr. 16 kein Wort erwähnt. Man hat nicht versucht, sie zu bekämpfen, sondern man hat sich mit der nakten Behauptung darüber weggesetzt, daß man es als eine bekannte Sache ausgab, daß auch Indicien eine völlige kriminalrechtliche Ueberführung eines Verbrechers erzeugen können. Das kann man in Theil genommen zugeben, aber es beweist doch für die hier strittige Frage lediglich nichts. Es handelt sich nämlich nicht um die allgemeine Frage, ob Indicien eine Ueberweisung eines Verbrechers erzeugen können, sondern es handelt sich lediglich um die Frage, ob unsere bestehende Gesetzgebung dieses anerkannt und zugelassen hat, und so lange der Richter nicht annehmen darf, daß alles das, was er aus noch so rationellen Gründen dafür ansieht, daß es Gesetz seyn sollte, auch wirklich bestehendes Gesetz ist, eben so lange wird man aus der Behauptung, daß aus Indicien eine Ueberführung eines Verbrechers hervorgehen könne, nicht beweisen können, daß die Gesetzgebung dieses auch anerkannt und ausgesprochen hat. Man verlangt eine kriminalrechtliche Ueberführung und muß also aus dem Kriminalrecht, aus dem Strafgesetz die Aufnahme dieses Ueberführungsmittels nachweisen.

Als ein weiterer ebenfalls nicht so leerer Grund der Unzulässigkeit des Indicienbeweises ist der angeführt worden, daß bei der Zuläßigkeit dieses Beweises die alsdann noch darneben stehende außerordentliche Strafe des §. 10 jede auch nur halbwegs rechtliche und vernünftige Haltung verlieren würde, denn wenn auf den zur Ueberzeugung des Richters ausreichenden Indicienbeweis die ordentliche Strafe erkannt werden darf, so kann die außerordentliche Strafe nur dann eintreten, wenn die Indicien nicht zur Ueberzeugung des Richters ausreichten, und dann könnte der Richter auf den leisesten weit hergeholten Verdacht eine langwierige Freiheitsstrafe erkennen. Auch davon hat man in Nr. 16 kein Wort erwähnt. Man hat nicht versucht, darüber nur eine Erklärung abzugeben, und hat damit zugestanden, daß man dagegen nichts vorzubringen weiß. So ist es auch. Die Einführung einer außerordentlichen Strafe durch das Strafedikt ist und bleibt der schlagendste Beweis, daß die Gesetzgebung diese Strafe für die Fälle der Ueberführung des Verbrechers mittelst Indicien statuirte *), wie auch der ganze Gang der Ausbildung des gemeinen deutschen Strafrechts zeigt. Es besteht nirgends, und man wird sich darauf berufen dürfen, eine Gesetzgebung, welche den Indicienbeweis überall und ohne Beschränkung zuläßt und darneben noch eine außerordentliche Strafe statuirt, und die erste Gesetzgebung, welche solches thun würde, wäre eine monströse, heillose zu nennen.

Weiters ist darauf hingewiesen worden, daß es doch als auffallend angesehen werden müßte, wenn das Strafedikt die Zuläßigkeit des Indicienbeweises hatte einführen wollen, ohne diesen so wichtigen Satz ausdrücklich vorzuschreiben, und ohne ihn mit nähern Vorschriften zu begleiten. Auch darüber hat man kein Wort verloren und damit abermals eingestanden, daß man dagegen nichts zu sagen weiß.

Das einzige, was in Nr. 16 geschah, besteht darin, daß man abermals versuchte, aus dem Ausdruck zureichende Indicien im §. 18, die unbeschränkte Zuläßigkeit des Indicienbeweises darzuthun. Allein es fällt mir wenigstens auch jetzt noch schwer, mich zu überzeugen, daß aus der Vorschrift des §. 18. daß der klagfrei Erklärte auf neuere zureichende Indicien wieder zur Untersuchung gezogen werden könne, nunmehr der Satz als wahr und gewiß zu folgern sei, daß also der Richter auf Indicien eine volle ordentliche peinliche Strafe erkennen dürfe. Mich will es vielmehr bedünken, daß die Vorschrift des Gesetzes, welche von Voraussetzungen zur Einleitung einer Untersuchung handelt, nicht so geradehin dazu benutzt werden kann, um die Voraussetzungen der Erkennung einer peinlichen Strafe zu beweisen, und so lange

---

*) Dieses Moment ist gewiß von großer Wichtigkeit. Eine außerordentliche Strafe wegen Unvollständigkeit des Beweises ist ein Bekenntniß der Gesetzgebung, daß sie sich nicht mehr zu helfen wisse. Weil sie nicht wagt, den Verdächtigen für schuldig zu erklären, legt sie ihm nicht die volle Strafe auf, — und weil sie zugleich meint, er werde eben doch schuldig seyn, so will sie ihn doch auch nicht ganz leer ausgehen lassen.

Zu einer solchen, dem strengen Rechte widersprechenden, Maßregel kann die Gesetzgebung nur in einer Art von Nothstand ihre Zuflucht nehmen, indem sie nämlich von der Ansicht ausgeht: es gebe Fälle, wo der Richter nach allgemeinen Lebenserfahrungen und Denkregeln in seinem Innern sich von der Schuld eines Menschen vollständig überzeuge, — es sei aber nicht möglich, die Gründe dieser Ueberzeugung, so weit sie auf Indicien beruht, in eine, für alle Fälle maßgebende, Regel zu bringen, d. h. durch Abstraktion die Norm aufzufinden und festzustellen, unter welchen objektiven Voraussetzungen die Indicien einen vollen rechtlichen Beweis geben sollen. Könne aber das zur Ueberführung hinreichende Maß von Indicien nicht wie bei dem direkten Beweise (nach objektiven Merkmalen) gesetzlich bestimmt werden, so könne das Gesetz auch keine volle Ueberführung mittelst derselben statuiren, und man müsse in jenen Fällen eine außerordentliche Strafe eintreten lassen. Nur in diesem Sinne wurde auch die poena extraordinaria von den Rechtslehrern von jeher als ein Nothbehelf dargestellt.

Wenn aber das Gesetz den Indicien ohne objektive Bezeichnung des erforderlichen Maßes (wie eine solche beim direkten Beweis gegeben ist), überhaupt den zusammentreffenden Umständen, nach dem freien subjektiven Fürwahrhalten des Richters, eine volle Beweiskraft zugesteht, so wäre es ganz bodenlos und durch keinerlei Nothstand mehr entschuldigt, daneben noch eine außerordentliche Strafe zuzulassen. D. R.

Untersuchung und Strafurtheil nicht das gleiche ist, eben so lange wird man auch bei den gegen den Abschaum der Menschheit einzuleitenden Untersuchungen und auch ihnen gerecht zufallenden Urtheilen noch nicht sagen können, daß das, was zur Einleitung der Untersuchung ausreicht, als ebenfalls zur Erkennung der peinlichen Strafe ausreichend angesehen werden muß. Das Beiwort zureichend kann doch offenbar nichts beweisen, denn bei seinem relativen Begriff ist es auf jenen Begriff zu beziehen, mit welchem es in Relation steht. Nun steht es aber zur Untersuchung im Bezug. Von der Strafe wird im hieher bezüglichen Satz nichts erwähnt, und so kann also auch das Beiwort zureichend nur auf die zur Einleitung neuer Untersuchung zureichenden Indicien, nicht aber auf die zur Erkennung einer vollen peinlichen Strafe zureichenden Indicien bezogen werden.

Uebrigens beweist diese erneuerte Ausführung in Nr. 16, daß sich der Herr Verfasser in höchst unklaren Begriffen bewegt, daß er sich widerspricht, und was das schönste ist, daß er selbst eingesteht, daß unsere Gesetzgebung den Indicien nicht die Kraft der Hervorbringung kriminalrechtlicher Gewißheit beilegt.

Mein Herr Gegner sagt, daß der rechtliche Verdacht von zureichenden Indicien himmelweit verschieden sei, und man sollte deßhalb denken, daß beides einander weitab nichts angeht. Allein damit würde man nach der Anführung auf der andern Seite sehr fehl gehen, denn darnach kann aus den Indicien bald nur ein entfernter, bald ein mehr oder minder dringender Verdacht, bald sogar eine völlige Ueberführung hervorgehen, und wenn also aus Indicien ein Verdacht jeder Art entspringen kann, so sollte man kaum glauben, daß der rechtliche Verdacht und die zureichenden Indicien so toto collo von einander verschieden sind, als man uns besorgen läßt. Sie sind auch nicht so gar weit auseinander, denn Jedermann weiß, daß der Verdacht eines Verbrechens der Schluß aus den auf die Begehung dieses Verbrechens hinweisenden Indicien als seinen Prämissen ist, und wenn nun der rechtliche Verdacht ein richtiger Schluß ist, so sind ihm nach nothwendigen Grundsätzen der Logik die Indicien als seine Prämissen sehr nahe und sogar so nahe, daß sie sich im Denken an einander ketten und mit einander in einem logischen Zusammenhang stehen. Darüber scheint man jedoch andererseits im Unklaren gewesen zu seyn, sonst hätte man nicht in den Widerspruch fallen können, daß zwischen dem Verdacht und den Indicien ein himmelweiter Unterschied bestehe, daß aber der Verdacht doch aus den Indicien folge.

Gehen wir weiter. Bei den Kriminaluntersuchungen wird über das begangene Verbrechen die historische Gewißheit des objektiven und subjektiven Thatbestands gesucht, und in dieser Beziehung wird andererseits behauptet, daß diese historische Gewißheit keine Abstufungen zulasse, sondern daß etwas nur gewiß oder ungewiß seyn könne. Die historische Gewißheit ist nun ein abermaliger Schluß, und seine Vordersätze sind die Beweismittel, welche die Gründe der daraus gefolgerten Gewißheit abgeben, und soll daher dieser Schluß ein richtiger seyn, so beruht er auf der Güte und Kraft der ihm unterliegenden Beweismittel. Die positive Gesetzgebung kann nun den Schluß der historischen Gewißheit eines Verbrechens ganz unbeschränkt der individuellen Geisteskraft der Richter, ihrer persönlichen Ueberzeugung überlassen. Sie kann aber auch für die Beweismittel bestimmte Regeln vorschreiben und den Einen ein Mehr an Beweiskraft ertheilen, als sie Andern zutheilt. Das in der Erfahrung zu Tag gegangene Verbrechen kann jedoch in seinem Autor nur gewiß oder ungewiß seyn. Es kann also auch nicht ein Mehr als gewisses seyn, so daß folgeweise die mehr Beweiskraft habenden Beweismittel nicht ein mehr als gewisses, sondern nur die eine und untheilbare historische Gewißheit hervorbringen können. Alsdann können aber auch die nicht mit diesem Mehr der Beweiskraft ausgestatteten Beweismittel nur als die minderkräftigen betrachtet werden, und sie können alsdann bei ihrer alleinigen Anwesenheit nur einen minderkräftigen Schluß, einen minderschlüssigen Beweis, d. h. eine Ungewißheit hervorbringen.

Nun sagt man andererseits S. 100:

„dadurch, daß die Gesetzgebung dem gerichtlichen „Geständnisse eines Beschuldigten, den übereinstimmenden „Aussagen zweier Zeugen, und der richterlichen „Wahrnehmung mehr Beweiskraft beilegt, als den „Inzichten, spricht sie dieselbe den Letztern nicht ab,“

und man gibt also zu, denn von einer andern Gesetzgebung als der unsrigen ist hier keine Rede, daß unsere Gesetzgebung dem Geständniß, den Zeugen und dem Augenschein mehr Beweiskraft beilegt, als den Inzichten. So wie man aber dieses zugibt, so hat man bei der behaupteten Einheit und Untheilbarkeit der historischen Gewißheit zugegeben, daß also diese Beweismittel eine kräftigere, eine bessere historische Gewißheit begründen, als die Inzichten, und weil es keine kräftigere und mehr als gewisse Gewißheit geben kann, als die sich nicht abstufende Gewißheit, so bringen eben bei uns allein diese Beweismittel des Geständnisses, der Zeugen und des Augenscheins die historische Gewißheit, die völlige Ueberführung des Angeschuldigten hervor, und die Inzichten erzeugen als weniger beweiskräftig nur eine Ungewißheit. Das ist es aber gerade, was wir Anhänger der Unzulässigkeit des Indicienbeweises zur vollen Ueberführung eines Angeschuldigten immer nach

dem Stande unserer Gesetzgebung sagen, das ist es gerade, was wir immer behaupten, daß nach unserer Gesetzgebung Geständniß, Zeugen und Augenschein mehr Beweiskraft haben, als Indicien, und woraus wir folgern, daß also die eine untheilbare historische Gewißheit nach unsern positiven Gesetzen nur aus diesen Beweismitteln zu schöpfen ist.

Man vermeine nicht, daß man sich hiergegen darauf berufen könne, daß die Gesetzgebung den Inzichten die Beweiskraft nicht abgesprochen habe. Das ist richtig, sie haben allerdings auch bei uns noch Beweiskraft, sie haben nämlich die Beweiskraft der rechtlichen Verdächtigung, zur Klagfreierklärung. Sie schließen die Gewißheit der Unschuld aus. Allein so wie es sicher gestellt ist, daß es nur eine untheilbare historische Gewißheit gibt, so folgt aus dem Umstand, daß einige Beweismittel zu deren Vorbringung mehr Beweiskraft haben, nothwendigerweise, daß also die ihnen entgegengesetzten Beweismittel weniger Beweiskraft haben, und dann können diese weniger Beweiskraft habenden Beweismittel nicht dieselbe historische Gewißheit hervorbringen, als wie die mehr beweiskräftigen. Es gibt aber nur eine nicht abzustufende historische Gewißheit, und sie wird daher nur von den beweiskräftigern Beweismitteln hervorgebracht.

Es beweist sich dieses auch aus der Rechtsgeschichte, indem alle Gesetzgebungen, welche den Inzichtenbeweis zur vollen Ueberführung eines Verbrechers zulassen, anerkennen, daß in ihnen die gleiche Beweiskraft mit dem Geständniß liegt, und alle Gesetzgebungen, welche von dem Ausschluß des Indicienbeweises zur vollen Ueberführung eines Verbrechers zur unbeschränkten Zulassung desselben geschritten sind, haben damit begonnen und zugleich geendet, denn es liegt darin der einzige Punkt der Veränderung, daß sie den Inzichten die gleiche Beweiskraft mit den übrigen Beweismitteln ertheilten.

Ich könnte damit schließen, und die Erwägung beiderseitiger Ansichten getrost dem unbefangenen Leser überlassen. Ich will mir aber noch erlauben, auch die übrigen Theile des Aufsatzes in Nr. 16 zu beleuchten.

Andererseits wird von der Gerechtigkeit gefordert, daß sie auch die großen Diebe hänge, anstatt den Schutz der Gesellschaft in Gottes Hand zu legen, um ja nicht gegen Verbrecher illiberal und indiskret zu verfahren. Nach meiner Meinung besteht aber die Gerechtigkeit nicht im Hängen der Menschen, und jedenfalls verwahre ich mich dafür, selbst dabei die Hände anzulegen, sondern sie besteht im Festhalten und Beobachten der Gesetze, und wenn man die Gerechtigkeit auf den Titel des Schutzes der Gesellschaft begründet und sich das Recht beilegt, die nach eigener Meinung nicht mehr zum Schutz der Gesellschaft ausreichenden Gesetze selbst zu verbessern, und aus eigener Machtvollkommenheit anzuwenden, so werden es nicht viele Leute glauben, daß man Gerechtigkeit übt. Die Geschichte weiß Beispiele zu erzählen, wohin man mit solchen Grundsätzen gekommen ist. Uebrigens muß ich es abermals einbekennen, daß es mein eifrigstes Bestreben ist, auch gegen einen Verbrecher nicht illiberal und indiskret zu handeln. Ich sehe im Verbrecher nicht den Abschaum des Volks, sondern ich sehe in ihm auch oft einen Unglücklichen und jedenfalls noch einen Mitmenschen, der auch für sein Verbrechen Gerechtigkeit und menschliche Behandlung ansprechen darf, und jene Handlungsweise, die nur nicht gegen den Vornehmen und Mächtigen illiberal und indiskret ist, gilt in meinen Augen nicht viel.

Man will davon laufen, wenn man von Anträgen des anklagenden Staatsanwalts und vom Dunkel des geheimen Verfahrens sprechen hört, was ich zwar glaube, weil man nicht gerne davon sprechen hört. Mich will es aber bedünken, als sei meinem verehrten Herrn Gegner schon etwas davon gelaufen, wenn er die Beleuchtung der Urtheile mit Entscheidungsgründen für eine Oeffentlichkeit des Untersuchungsverfahrens halten sollte. Du lieber Gott! Das wäre ein betrübtes Surrogat. Noch betrübter als Cichorie für Kaffee.

Wenn man sich übrigens den Fall denkt, daß ein Referent wegen mangelnden formellen Beweises auf eine Klagfreierklärung eines Angeschuldigten anträgt und nun unmittelbar nach ihm der Staatsanwalt das Wort ergreift, seine Behauptung auseinandersetzt, daß durch Indicien der Beweis des Verbrechens vollständig geführt sei, und daß also der Verbrecher zu mehreren Jahren Zuchthaus verurtheilt werden müsse, so wird man wohl von Anträgen des anklagenden Staatsanwalts sprechen können, und wenn man dabei auch keine förmliche Anklage findet, so ist es vielleicht nur um so schlimmer, und eine aber nicht zur Sicherheit des Angeschuldigten ausschlagende Kompensation liegt vielleicht darin, daß die Aeußerungen und Behauptungen des Staatsanwalts keine Diskussion herbeiführen, also nicht einmal eine Widerlegung erhalten sollen.

Was aber für die Zuläßigkeit des Indicienbeweises daraus folgen soll, daß der Peter, und die Barbara, und der Adam, und die Anna Marie gegen die sie verurtheilenden Erkenntnisse keinen Rekurs ergriffen haben, ist schwer abzusehen. Es war zu beweisen, daß unsere Gesetzgebung im Jahr 1803 den Indicienbeweis zugelassen habe, und wie nun dieser Beweis damit auch nur unterstützt werden soll, daß der Peter im Jahr 1836 gegen sein Urtheil nicht rekurrirt hat, das ist nicht zum Davonlaufen, sondern zum Dableiben, denn da, wo man solche Sachen lernen kann, kann man viel lernen. Wenn man übrigens glaubt, ich

hätte meine Abhandlung für die Zunft des Peter Bauer geschrieben, so war es wohl unvorsichtig, sich sobald darüber herzumachen, und damit zu verrathen — daß man sie ebenfalls bekommen hat.

Wenn man mich aus meinem Kommissionsbericht über das Gesetz vom 3. August 1837 daran erinnert, daß ja die Staatsanwälte den hofgerichtlichen Sitzungen als Wächter des Gesetzes beiwohnen, so hatte ich solches rein vergessen. Uebrigens mag der in Nr. 16 mitgetheilte Meineidsfall mir zu einiger Entschuldigung dienen, denn auch dorten scheint man die Wache des Gesetzes nicht selbst besorgt, sondern der Verurtheilten, und jetzt für klagfrei erklärten Angeschuldigten, und dem Oberhofgericht überlassen zu haben.

Daß ich mit Gesetzbüchern des Auslandes beweisen wollte, daß der Indicienbeweis bei uns unzuläßig sei, das wird man keinem unbefangenen Leser des Aufsatzes in Nr. 12 glaubhaft machen. Und daß ich hinsichtlich dieser Frage auf den Standpunkt des gemeinen deutschen Strafrechts, daß ich auf Gesetze in Preußen und Baiern aufmerksam machte, um den Stand unserer Modifikation des gemeinen deutschen Strafrechts zu erläutern, das wird für den Rechtsgelehrten nichts Auffallendes haben, der da weiß, daß die Karolina das gemeinsame Band des Strafrechts für Deutschland war, und der da weiß, daß alle Modifikationen der Karolina und alle Partikulargesetzgebungen in Deutschland, zumal im Anfang dieses Jahrhunderts, vom gemeinen deutschen Strafrecht ausgingen. Und mag man darüber Späße machen, welche man will, so weiß ich doch z. B. von einem Freund der Zuläßigkeit des Indicienbeweises, daß gerade diese Argumentation den größten Eindruck auf ihn gemacht hat. Was übrigens insbesondere die preußische Gesetzgebung und das Befolgen ihres Beispiels in Baden betrifft, so wird man aus dem von mir citirten §. 176 in Mittermaiers Strafverfahren den besten Aufschluß erhalten. Man wird finden, daß in Preußen schon im Jahr 1754 die außerordentliche Strafe eingeführt wurde. Möge man daher deßhalb mit Mittermaier und nicht mit mir rechten.

Man mag den Schluß der Abhandlung in den Annalen 1837 Nr. 25 S. 149 drehen und wenden, wie man will, man wird darüber nicht hinauskommen, daß man die provisorische Einführung einer Beweistheorie in Strafsachen wünschte, und da in dem ganzen Aufsatz von nichts als dem Streit über die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit des Indicienbeweises die Rede ist, so wird man auch darüber nicht hinauskommen, daß man dabei hauptsächlich auf die Einführung des Indicienbeweises losging, denn nicht darüber hat man geklagt, daß man bei uns nicht weiß, wie ein Zeuge einzuvernehmen sei, nicht darüber hat man geklagt, daß man nicht weiß, wie eine Legalinspektion vorzunehmen sei, sondern darüber hat man geklagt, daß unsere Richter über die Zuläßigkeit des Indicienbeweises so getheilt sind, daß eine Verurtheilung gleichsam ein Spiel des Zufalles sei, und diesem Mißstand wollte man durch provisorische Einführung einer also diese Hauptfrage damit beseitigenden Beweistheorie vorbeugen, daß man darin auch den Indicienbeweis als gesetzlich zugelassen erhalten wollte. Man hat aber dabei nicht den mindesten Wunsch von einer Einführung der damit zu verbindenden Mündlichkeit und Oeffentlichkeit geäußert, und wenn ich nun deßhalb von traurigen Erfahrungen gesprochen habe, so habe ich nicht von traurigen Erfahrungen aus der Zulassung des mit Mündlichkeit und Oeffentlichkeit verbundenen Indicienbeweises gesprochen, welche Zulassung ich selbst aber nicht durch ein provisorisches Gesetz wünsche, sondern ich sagte dieses nur, wie S. 75 und hauptsächlich am Schlusse meines Aufsatzes zu ersehen ist, von dem ohne Mündlichkeit und Oeffentlichkeit eingeführten Indicienbeweis, und daß diese Besorgnisse auch von bedeutenden Männern getheilt werden, davon mag man sich z. B. aus dem Archiv des Kriminalrechts 1837, 1. Heft S. 14 überzeugen, wo die gewichtige Stimme Mittermaiers lehrt, daß die Garantien, welche man einführen muß, wenn man mit Sicherheit auf Indicien verurtheilen will, so lange fehlen, als man sich nicht entschließt, die Oeffentlichkeit einzuführen.

Wenn also diese Meinung, wenn diese Besorgniß vor schlimmen Folgen wohl keine so leere ist, so kann man von ihr wohl nicht sagen, sie wolle den Freunden der Wahrheit Sand in die Augen streuen. Wenn man einer Meinung einen solchen Vorwurf auf eine gerechte Weise machen will, so muß man sie vor allen Dingen als ganz grundlos darstellen, und wenn man sie in gar nichts bekämpft, sondern glaubt, daß man darüber, anstatt mit Gründen, mit solchen Insinuationen hinweg kommen kann, so läßt sich nur sagen — da, wo Gründe fehlen, stellt die Verdächtigung zur rechten Zeit sich ein.

Uebrigens kann ich mich, um meine früher noch zurückgehaltene Meinung über den anderseitigen Vorschlag ganz zu sagen, eines unbehaglichen Gefühls nicht erwehren, wie noch dazu ein Wächter des Gesetzes so sehr und so beharrlich auf eine provisorische Einführung einer Beweistheorie in Strafsachen dringt, um durch die Anwendung dieser provisorischen Theorie Erfahrungen sammeln zu können. An wem werden denn diese Erfahrungen gesammelt? Sind denn die Menschenköpfe wie die Krautköpfe, welche man, einmal abgeschlagen, so geradehin wieder nachziehen kann? Also mittelst eines provisorischen Gesetzes über die Ueberweisung in Strafsachen sollen bei uns Menschen hingerichtet, oder durch Verurtheilung zu einer schweren Zuchthausstrafe

für immer um Ehre und Gesundheit gebracht werden? Und wenn man so eine geraume Zeit verfahren und Erfahrungen über die Unrichtigkeit der Beweistheorie gemacht hat, wenn man sich überzeugt hat, daß man Jenen nicht hätte hinrichten und den Andern nicht hätte zu 10 Jahren Zuchthaus verurtheilen sollen, hält man dafür, daß man sich beruhigen könne, wenn man von dem provisorischen Gesetz zurückkommt. Glaubt man aller Verantwortlichkeit baar und ledig zu seyn, wenn man das provisorische Gesetz zurücknimmt und ein anderes etwa ertheilt. Ja gewiß, das heißt eine Hauptprobe davon geben, daß man es in der wichtigsten und heiligsten Sache des Staats, in der Strafgerechtigkeitspflege nicht genau zu nehmen habe. Doch was thut das alles, diese Erfahrungen werden ja an den freilich nur provisorisch erkannten Verbrechern, am Abschaum der Menschheit gemacht, und diese sind ja dazu da, daß die Richter an ihnen ihre Erfahrungen sammeln, gleichwie die Naturforscher ihre Versuche an Fröschen anstellen. Uebrigens weiß ich zu meiner Beruhigung, daß da, wo man über die Einführung eines provisorischen Gesetzes in Strafsachen berathet und beschließt, welches gegen die Angeschuldigten gerichtet ist, so viel Sinn für wahre Gerechtigkeit und so viel Gefühl für Menschenwerth herrscht, daß alle Bemühungen, eine provisorische Beweistheorie in Strafsachen zu erreichen, vergeblich sind und seyn werden, ohne daß man mir Schuld geben kann, daß ich auch dorten Sand in die Augen gestreut hätte *).

Sander.

II.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Loosungsrecht.

Geometer Indlekofer von Birkingen reichte gegen Gemeinderechner Jakob Schäfer von Birndorf beim Amt Waldshut durch einen Anwalt eine Klage ein, worin er vortrug:

„Der Beklagte habe von Joseph Schäfer in Birkingen am 4. Mai 1836 ein Waldstück um 55 fl. unter den gewöhnlichen Bedingungen gekauft, der Eintrag dieses Kaufs in das Contractenbuch habe sich jedoch durch verschiedene Hindernisse bis zum 6. Dezember 1837 verzögert, an welchem Tag auf Anmeldung beider Kontrahenten der Act der Gewährung habe vor sich gehen sollen. Allein da er, der Kläger, aus Ungeduld und Voreiligkeit die Absicht habe vorwalten lassen, gegen den Käufer als einen Ausmärker vom Markloosungsrechte Gebrauch zu machen, so sei der Eintrag abermals unterblieben, und unter Berathung mit einem Theilungskommissäre am 16. Dezember eine neue Bedingung, wodurch der Käufer die persönliche Pflege des Verkäufers für den Fall einer Krankheit übernommen habe, zu dem frühern Kaufvertrag stipulirt, und der hiernach geänderte Vertrag endlich am 3. Januar 1838 gewährt worden. Er, Kläger, habe sofort am 10. Januar die Loosung vorschriftsmäßig bei dem Gewährgericht angekündigt, sich zur Erfüllung aller Kaufbedingungen mit Ausnahme der oben gedachten zur Vereitelung der Loosung nachträglich festgesetzten, folglich ungültigen Bestimmung erboten, den loosungspflichtigen Käufer davon in Kenntniß setzen lassen, dessen Weigerung entgegengenommen, und dann den Kaufschilling mit Zinsen und Kosten beim Amt hinterlegt.“

Der Beweis dieser Vorgänge wurde zum Theil durch Urkunden angetreten, für die thatsächliche Behauptung, daß die neue Bedingung zur Verhinderung der Loosung hinzugefügt worden sei, wurden Zeugen, nämlich der Rechtspraktikant, bei welchem der abgeänderte Vertrag niedergeschrieben worden seyn soll, sodann dessen Schreiber und der Verkäufer Joseph Schäfer selbst benannt. Zugleich wurde auf den Grund des §. 15 a. des Loosungsgesetzes von 1808 vom Beklagten handgelübdliche Versicherung darüber gefordert, daß in dem (bei jenem Rechtspraktikanten gefertigten) Kaufsaufsatz nichts (und namentlich nicht jene Bedingung einer persönlichen Gegenleistung) niedergeschrieben worden, was nicht ursprünglich und früher ebenfalls verabredet gewesen sei.

Das Gesuch ging auf Zulassung der bestrittenen Loosung und Einräumung des Besitzes des fraglichen Waldstücks.

Vom Bezirksamt Waldshut wurde die Ladung versagt, indem es aussprach, diese Loosungsklage finde nicht Statt. Auf die dagegen ausgeführte Appellation bestätigte das Hofgericht jene Verfügung aus folgenden Gründen:

Der Vertrag, durch welchen Joseph Schäfer ein Waldstück an den Beklagten Jakob Schäfer verkaufte, enthält nach dem eigenen Vortrag des Klägers und dem mit der Klage vorgelegten Auszug aus dem Kaufbuche die Bedingung, daß der Käufer den Verkäufer, falls er krank werden sollte, wöchentlich drei Tage zu pflegen und demselben persönlich abzuwarten habe.

Bei der Erfüllung dieser Bedingung kömmt es nach der Natur der Sache auf persönliche Eigenschaften des Erfüllenden an, und dem Verkäufer, welcher durch die Wahl eines Verpflegers, der ihm bei eintretender Krankheit persönlich abwarten soll, einer Person sein besonderes Vertrauen

*) Mit dieser Duplik sind nun die polemischen Verhandlungen über diese Sache, wobei sich die beiden Freunde etwas ereiferten, geschlossen.

Es ist manchmal gut, das trockene Denken durch solche lebhaftere Artikel einigermaßen zu unterbrechen, und die in die Form des Witzes eingekleideten Gründe springen oft nur um so einleuchtender hervor. Aber es darf die Polemik nicht zu weit fortgesetzt werden, sonst ermüdet sie, oder führt zu Unannehmlichkeiten.

Rein objektiv gehaltene Erörterung dieses hochwichtigen Gegenstands bleibt übrigens immer auch fernerhin wünschenswerth.

D. R.

geschenkt hat, kann es nicht gleichgültig seyn, wenn ihm ohne seine Zustimmung statt des gewählten Wärters irgend ein Dritter, der ihm völlig unbekannt, ja sogar unangenehm seyn könnte, aufgedrungen wird; er kann die Erfüllung der Bedingung, die persönliche Gegenleistung, nicht eben so gut aus jeder dritten Hand annehmen. Es ist daher nach §. 9 der Loosungsordnung vom 3. Mai 1808 und nach L. R. S. 1701 a. c. kein zugbarer Rechtstitel vorhanden, folglich die Loosung unstatthaft.

Ueberdieß hat der Kläger in der Klage selbst erklärt, und durch die vorgelegte Urkunde über die Loosungsankündigung dargethan, daß er bei dieser ausdrücklich die Erfüllung jener Bedingung verweigert habe. Er hat sich somit nicht zur Uebernahme aller dem Käufer obliegenden Verbindlichkeiten „in unveränderter Maße“ erboten, was nach §. 16 des Gesetzes von 1808 und nach L. R. S. 1701 a. i. zur Loosung wesentlich erfordert wird.

Die hiernach unstatthafte Loosungsklage ist auch durch die Behauptung nicht begründet, daß die fragliche Bedingung ursprünglich im Kaufvertrag nicht enthalten gewesen, vielmehr erst später, als der Kläger „aus Ungeduld und Voreiligkeit die Absicht zur Loosung habe vorwalten lassen,“ zur Vereitelung der anzumeldenden Loosung nachträglich zwischen den Vertragspersonen stipulirt, und als neue Bestimmung in den umgeschriebenen Vertrag aufgenommen worden, folglich nach §. 14 a. und §. 15 des Loosungsgesetzes als gesetzlich ungültig und als nicht vorhanden zu betrachten sei.

Denn es besteht keine gesetzliche Vorschrift, wornach Bedingungen, welche in der Absicht, die Loosung zu verhindern, einem Vertrag hinzugefügt werden, als ungültig oder nicht geschrieben angesehen werden sollen.

Das Loosungsgesetz von 1808 verordnet vielmehr im §. 14 lit. a. außer der Pflicht des Verkäufers, für die genaue und vollständige Beurkundung aller abgeredeten Bedingungen zu sorgen, nichts weiter, als 1) der Löser habe das nicht zu übernehmen und zu erfüllen, was verabredet, aber nicht niedergeschrieben, und 2) der Verkäufer verfalle in die Strafe der Fälschung, wenn mit seinem Wissen etwas anders, als abgeredet, niedergeschrieben sei.

Der erste Fall liegt offenbar hier nicht vor, der zweite bei näherer Betrachtung ebenfalls nicht, weil nur behauptet ist, daß etwas niedergeschrieben worden, was nicht anfangs, sondern erst später (und zwar vor dem Niederschreiben der zur Gewährung des Kaufs vorgelegten Urkunde) verabredet gewesen sei. Auch ist in diesem Falle keine civilrechtliche Folge für den Loosenden, resp. den Käufer bestimmt, sondern nur strafrichterliche Verfolgung dem dolos handelnden Verkäufer angedroht.

Eben so ist im §. 15 lit. a. auch dem Käufer zwar zur Pflicht gemacht, mit zu sorgen, daß die Vertragsbedingungen treulich und aufrichtig niedergeschrieben werden; allein er ist mit einem Entschädigungsanspruch und der Strafe der Fälschung nur für den Fall bedroht, wenn „zum Nachtheil des Loosungsberechtigten etwas anders (z. B. ein höherer Kaufschilling) niedergeschrieben wäre, als es abgeredet und von ihm zur Erfüllung übernommen worden,“ während nach der Darstellung des Klägers hier eine verabredete Bedingung niedergeschrieben wurde.

Es sind daher diese Gesetzesstellen auf den gegebenen Fall nicht anwendbar.

Auch von der Anwendung des L. R. S. 1172, wornach die Bedingung einer gesetzwidrigen Sache und die darauf ausgesetzte Uebereinkunft ungültig ist, könnte hier die Rede nicht seyn, da die bedungene persönliche Leistung eine erlaubte ist, auch nicht die Ungültigkeit der darauf beruhenden Uebereinkunft zwischen den Vertragspersonen in Frage steht.

Uebrigens ist eine Simulation in dem Sinne, daß die mehrgedachte Bedingung von den Kontrahenten nur zum Schein hinzugefügt, oder zwischen ihnen verabredet gewesen sei, sie solle nicht erfüllt werden, nirgends mit den dazu erforderlichen Thatsachen behauptet.

Endlich ist die weitere Behauptung des Klägers Appellanten, daß die Kontrahenten von dem ursprünglichen gemäß L. R. S. 1583 perfect gewordenen Kaufvertrag, wobei von einer persönlichen Leistung des Käufers nichts bedungen gewesen sei, nach einmal vernommenem Loosungsvorhaben nicht wieder hätten abgehen können, eben so wenig zur Klagbegründung geeignet.

Denn der Loosungsberechtigte erwirbt jedenfalls erst durch eine in der Form des Gesetzes (§. 13 und L. R. S. 1701 a. i.) geschehene Ankündigung der Loosung ein wirkliches Recht auf die zu loosende Sache, welche der Käufer nach §. 15 c. selbst während der Loosungszeit, so lange nur die Ankündigung noch nicht geschehen, noch weiter veräußern darf. Wenn daher in §. 14 b. bestimmt ist, daß der Verkäufer von dem einmal geschlossenen Kauf nach vernommenem Loosungsvorhaben nicht wieder zurücktreten könne, so muß man sich darunter nothwendig den Zeitpunkt denken, wo er von der nach §. 13 des Loosungsgesetzes und L. R. S. 1701 a. i. öffentlich beurkundeten Loosungsankündigung Kenntniß erhalten hat.

Da nun der Kläger laut seines eigenen Vortrags erst nach dem Niederschreiben des angeblich geänderten Vertrags und nach der Gewährung desselben die Loosung förmlich angekündigt hat, vorher aber, wie sich die Klage ausdrückt, bloß seine Absicht auf Loosung vorwalten ließ, so wären die Kontrahenten an den ursprünglichen Vertrag gegenüber dem Loosungsberechtigten keineswegs gebunden, vielmehr zufolge der Regel der L. R. S. 1134, 1165, wornach Ver-

träge mit wechselseitiger Einwilligung widerrufen werden können, und nur unter denen, die sie schließen, ihren Wirkungskreis haben, zur Abänderung, resp. Vermehrung der Vertragsbedingungen allerdings noch befugt gewesen.

Es ergiebt sich mithin unbezweifelt aus der Klage selbst, daß sie in Rechten nicht gegründet ist, und durch die Verwerfung derselben nach §. 358 der Prozeßordnung ist der Kläger um so weniger beschwert, als nach §. 1 und 17 des Loosungsgesetzes sogar dann gegen ihn gesprochen werden müßte, wenn über die Statthaftigkeit der angesprochenen Loosung ein Zweifel bestünde.

Aus diesen Gründen und hinsichtlich der Kosten nach §. 169 der Prozeßordnung wurde wie geschehen erkannt.

Dieser Rechtsfall, welcher einigermaßen an den im zweiten Jahrgang, Nr. 4 dieser Annalen mitgetheilten Loosungsprozeß erinnert, dürfte indessen der Gesetzgebungspolitik einen Beitrag zu jenen Erfahrungen liefern, welche schon häufige Wünsche für die Aufhebung des Loosungsrechtes hervorgerufen haben. Woll.

III.

Das Recht der Parteien nach §. 1221 der Prozeßordnung, in der Appellationsinstanz neue Beweismittel und neue Thatsachen beizubringen, erläutert durch einen verhandelten Fall.

Eine Schwester klagte gegen die andere aus einem Darlehen auf Handschrift eine Forderung ein. Die Beklagte anerkannte den Schuldschein für richtig und gestand zugleich ausdrücklich, das Darlehen im eingeklagten Betrage empfangen zu haben, wendete aber ein, daß sie keinen verpflichteten Beistand gehabt, daß daher wegen dieses gesetzlichen Mangels *) der Schuldschein unwirksam — folglich die Klage ungegründet sei.

Klägerischer Seits konnte nicht behauptet werden, daß ein verpflichteter Beistand mitgewirkt habe, denn es war der Schuldschein außer der Beklagten nur noch von einem Zeugen unterschrieben. Der Unterrichter erkannte nun, daß die Klägerin mit ihrer ungegründeten Klage unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen sei.

Die Klägerin appellirte und trug im Beschwerdenlibell den neuen Thatumstand vor, daß sie der Beklagten das Geld zur Einrichtung ihrer angetretenen Haushaltung geliehen und diese auch wirklich das Geld zu jenem Zweck verwendet habe, daher hier der Fall vorhanden sei, in welchem nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes das Darlehen auch ohne Mitwirkung eines verpflichteten Beistandes giltig und verbindlich sei. Der appellatische Anwalt ließ sich jedoch in seiner Vernehmlassung auf diesen neuen Umstand nicht ein, indem er erklärte, daß dieses Vorbringen eine Klagänderung enthalte, und sich deßwegen auf §. 1221, 5 in Verbindung mit §. 341 der Prozeßordnung bezog.

Der Gerichtshof, vor welchem diese Sache verhandelt wurde, ging von der nämlichen Ansicht des appellatischen Anwalts aus und erließ ein bestätigendes Urtheil mit dem Anhang, daß der Klägerin Appellantin unbenommen sei, mit einer neuen Klage vor dem Unterrichter aufzutreten.

Dieses Erkenntniß halte ich nicht dem Prinzip über das sogenannte Beneficium der Appellation: „nondum deducta“ etc.: angemessen. Der neue im Appellationslibell vorgetragene Thatumstand über die Verwendung des dargeliehenen Geldes enthält keine Klagänderung im wahren Sinne des Worts. Die vor dem Unterrichter angestellte Klage (actio mutui) bleibt auch in der zweiten Instanz die nämliche. Ihr Grund (causa debendi) ist das Darlehen. Die nachgetragene Behauptung der nützlichen Verwendung des Geldes substituirt keinen neuen Klaggrund, sie verändert den Streit durchaus in keinem wesentlichen Theile, sondern enthält nur eine Replik, wodurch die Einrede der Beklagten wegen mangelnder Beistandschaft beseitigt und die Klage aus demjenigen Gesetze selbst, womit die Beklagte sie zerstören wollte, in dem sie ihre Einrede daraus schöpfte, aufrecht erhalten soll.

Das Urtheil beruht auf der irrigen Unterstellung, daß durch die Behauptung der nützlichen Verwendung des Geldes nunmehr die ursprüngliche Klage in eine *actio de in rem verso* verwandelt sei. Wäre dieß der Fall, so würde allerdings eine mutatio libelli vorhanden seyn; aber es ist klar aus dem obigen Vortrag, daß die Klage auf einem und dem nämlichen Rechtsverhältnisse — dem Darlehen — fortwährend beruht und durch die nützliche Verwendung des Geldes nur gegen die Anfechtung geschützt werden soll, welche gegen die Giltigkeit dieses Rechtsverhältnisses gemacht worden ist.

Etwas ganz anderes ist die actio de in rem verso. Mit dieser Klage konnte ursprünglich nur der Vater und der Herr aus einem Geschäfte seines Sohnes und Knechts von einem Dritten belangt werden, wenn dieser den Beweis führte, daß der Sohn (der Knecht) das Geschäft direkt zum Nutzen des Vaters (Herrn) geschlossen oder das Erhaltene dazu angewendet habe. In der Folge hat man diese Klage aus den Geschäften eines Dritten utiliter überhaupt zugelassen, §. 4. J. quod cum eo qui in alien. pot., L. 1. pr. de in rem verso. Die Klage aus einer nützlichen Verwendung gründet sich also nicht auf ein persönliches Rechtsverhältniß, das zwischen dem Kläger und dem Beklagten durch einen Vertrag unmittelbar entstanden ist, sondern auf den Grundsatz der Billigkeit, welchen L. 14. D. de cond. ind. in den Worten ausgesprochen hat: „Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.“ Hätte die Klägerin in der zweiten Instanz von ihrem vorgelegten Schuldschein der Beklagten Umgang genommen und nunmehr die Verbindlichkeit derselben aus einem andern thatsächlichen Grunde als aus dem behaupteten Darlehen hergeleitet, z. B. behauptet, sie habe bei einer dritten Person ein Kapital stehen gehabt, die Beklagte habe solches erhoben und damit ihre häusliche Einrichtung gemacht; oder die Klägerin habe für die Beklagte ein ihr nützliches Geschäft verrichtet, indem sie aus ihrem Gelde der Beklagten in ihre neue Haushaltung solche Gegenstände angeschafft, die sie gebraucht oder selbst gewünscht habe; so würde in einem wie in dem andern Falle eine Klagänderung vorhanden gewesen seyn. Es ist aber keines von beiden geschehen, sondern die actio mutui, als die ursprünglich angestellte Klage beibehalten und nur deren Giltigkeit gegen die eingewandte Beistandsordnung behauptet und ausgeführt worden.

NB. Vorstehender und mehrere ähnliche Fälle haben mich zu einer Abhandlung veranlaßt, die ich nächstens nachtragen werde. Donsbach.

*) Die Aufhebung der Beistandsordnung und Emancipirung des weiblichen Geschlechts ist erst später erfolgt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 21. Karlsruhe den 26. Mai 1838.

I.

Ueber die §§. 828, 829, 840, Nr. 2, 3, 4, 5. §§. 841, 844, 853, Nr. 3. §§. 885, 886, 887, 914, 919, 920, 922, 924, 932, 933, 934 der Prozeßordnung.

In einer seit vielen Jahren anhängigen Gant verlangte ein Gläubiger, dessen Forderung durchaus richtig gestellt war, eine Abschlagszahlung nach der Vorschrift des §. 841 der Prozeßordnung.

Der Gantrichter verfügte hierauf, daß eine Abschrift der fraglichen Eingabe dem Gantanwalte mitzutheilen sei, um sich hierüber nach vorheriger Einvernahme des Massekurators und Gläubigerausschusses zu erklären.

Diese Verfügung veranlaßt den Verfasser dieses Aufsatzes, die in der Ueberschrift angeführten §§. der Prozeßordnung näher zu erörtern, um häufigen Mißverständnissen der Gerichte vorzubeugen.

Zu diesem Behufe wird

I. In Ansehung der Stellung und Wirksamkeit des Gantanwalts bemerkt:

1) Der Gantrichter ernennt den Gantanwalt — §. 828 der Prozeßordnung — und dieser hat das im §. 829 der Prozeßordnung vorgeschriebene Handgelübde zu leisten. Durch dieses Handgelübde übernimmt er, neben den aus seinem Advokateneide entspringenden allgemeinen Pflichten, die besondere Verbindlichkeit, sich über die Richtigkeit einer jeden in der Gant angemeldeten Forderung nach bestem Wissen und Gewissen zu informiren und zu erklären.

Dem Gantanwalte gegenüber hat also jeder Gantgläubiger ganz dieselbe rechtliche Stellung, indem Ersterer eben so wie der Richter auf das Gesetz verpflichtet ist und ohne alle Rücksicht auf persönliche Verhältnisse sein Amt gewissenhaft zu verwalten hat.

2) Der Gantanwalt ist verpflichtet, bei streitigen Forderungen oder Ansprüchen der Gantkreditorschaft, die vom Massepfleger ihm deßfalls übertragene Prozeßführung anzunehmen. Er kann jedoch in zweifelhaften Fällen hierzu die Genehmigung der Gläubiger oder des, selbe repräsentirenden Gläubigerausschusses einholen. Prozeßordnung. §. 840, Nr. 3.

3) Der Gantanwalt hat sich den Aufträgen zu unterziehen, welche ihm vom Massepfleger in dem Falle des §. 844 der Prozeßordnung rücksichtlich des dort angeordneten Aufforderungsverfahrens ertheilt werden.

4) Der Gantanwalt hat als Contradictor massae nur das Interesse des Gantschuldners und die gemeinschaftlichen Interessen sämmtlicher Gläubiger — der Gesammtkreditorschaft — zu vertreten. Er kann insbesondere nur dann ein Rechtsmittel ergreifen, wenn er zuvor die Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger oder ihres Ausschusses erwirkt hat. Diese Zustimmung ist aber nicht erforderlich, wenn ein einzelner Gläubiger ein Rechtsmittel ergreift und der Gantanwalt hierauf seine Erklärung abzugeben hat. Prozeßordnung §. 919.

II. Wir kommen nun zur Stellung und Wirksamkeit des Massepflegers in einer Gant. Derselbe wird

1) vom Gantrichter gleich nach Eröffnung einer Gant provisorisch aufgestellt — §. 826 der Prozeßordnung — und wenn das weitere Gantverfahren nicht etwa durch einen Vergleich abgewendet wird, so veranlaßt der Gantrichter nunmehr die Wahl eines Massepflegers. Prozeßordnung §. 885.

Zu diesem Behufe wird im Gantedikt eine Tagfahrt nicht nur zum Richtigstellungs- und Vorzugsverfahren, sondern auch zur Ernennung eines Massepflegers mit dem Beisatze festgesetzt, daß die nicht erscheinenden Gläubiger als der gesetzlichen Mehrheit der erschienenen beitretend angesehen werden sollen. Prozeßordnung §. 853, Nr. 3.

Die Ernennung oder Wahl des Massepflegers durch die Gantgläubiger geschieht nach Stimmenmehrheit; es müssen jedoch die angemeldeten Forderungen dieser Mehrheit in ihrer Gesammtsumme wenigstens die Hälfte des Betrages erreichen, welchen alle angemeldeten Forderungen ausmachen.

Wenn demnach z. B. bei einer Passivmasse von 100,000 fl.

jene Mehrheit nicht wenigstens 50,000 fl. liquidirt hat, so muß nochmals und zwar so lang gewählt werden, bis ein Massepfleger auf die oben bemerkte Weise gewählt ist.

Ergibt sich jedoch bei diesen Versuchen, daß eine giltige Wahl nicht zu Stand kömmt, so hat der Gantrichter die Befugniß, einen Massepfleger auf die Gefahr der Gläubiger hin zu ernennen. Prozeßordnung §§. 886, 887.

2) Der Wirkungskreis des Massepflegers ist hauptsächlich vorgezeichnet

A) im §. 840 der Prozeßordnung. Nach diesem §. 840 Nr. 3 hat der Massepfleger insbesondere das Recht und die Verbindlichkeit, bei streitigen Forderungen oder Ansprüchen die Prozeßführung dem Gantanwalte zu übertragen.

B) Der Massepfleger hat ferner nach § 844 der Prozeßordnung dem Gantrichter die geeignete Anzeige zu machen, wenn ein bestimmtes Ortsgericht die Gewährung liegenschaftlichen Vermögens des Gemeinschuldners aus dem Grunde versagt, weil dieser keine hinreichenden Rechtstitel hat. Er kann jedoch auch den Gantanwalt hiermit beauftragen.

C) Der Massepfleger hat seine Schlußrechnung alsdann zu stellen, wenn alle Theile des Aktivvermögens der Gantmasse veräußert und die Erlöse, nebst andern fälligen Rückständen der Masse von ihm eingezogen sind. Prozeßordnung § 922.

Die Tagfahrt, in welcher die Entlassung des Massepflegers gewöhnlich erfolgt, ist die nämliche, in welcher die Eröffnung des Vertheilungsbescheides Statt hat. Prozeßordnung 924.

D) Wenn der Vertheilungsbescheid — §. 923 der Prozeßordnung — rechtskräftig ist, so hat der Massepfleger alle jene Gläubiger zu befriedigen, welche bei der Publikation des Vertheilungsbescheides erschienen sind.

Sonach hat er

a) denjenigen Gläubigern, in Ansehung welcher dem Vollzuge des Vertheilungsbescheides nichts im Wege steht, ihren berechneten Betrag gegen Quittung auszuzahlen, ferner

b) denjenigen, welche an andere Personen angewiesen sind, ihre Anweisungen gegen Bescheinigung zuzustellen. — Dagegen hat er

c) denjenigen nicht erschienenen Gläubigern, welche an andere Personen angewiesen sind, die Anweisungen durch die Post zu übersenden; endlich hat er

d) diejenigen Gelder, welche von nicht erschienenen Gläubigern zu erheben gewesen wären, auf ihre Gefahr und Kosten bei der großherzoglichen Amortisationskasse zu Karlsruhe oder bei den betreffenden Obereinnehmereien — Regierungsblatt vom Jahr 1837 S. 180 und vom Jahr 1838, S. 2, 3 — zu hinterlegen und jene Gläubiger hievon zu benachrichtigen. Prozeßordnung §§. 932, 933, 934.

E) Der Massepfleger hat längstens innerhalb 6 Wochen, von der zur Vertheilung der Masse festgesetzten Tagfahrt an, dem Gantgerichte schriftlich anzuzeigen, daß er den Vertheilungsbescheid vollzogen habe. Mit dieser Anzeige hat er vorzulegen

a) die Quittungen der Gläubiger über die erhaltenen Schuldscheine;

b) die Bescheinigungen über die denselben zugestellten oder übersendeten — vergleiche das oben unter D. b. c. Angeführte — Anweisungen;

c) die Bescheinigung rücksichtlich der oben unter D. d. erwähnten Hinterlegung. Prozeßordnung §. 937.

F) Der Massepfleger erhält seine Belohnung aus dem nicht besonders verhafteten Theil der Gantmasse, woran alle gemeine — nicht bevorzugte — Gläubiger, nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Forderungen, mit denen sie zur Zahlung gelangen, Theil zu nehmen haben. Prozeßordnung §. 914.

III. Bisher war vom Gantanwalte und Massepfleger die Rede; es ist nun noch über die Stellung und Wirksamkeit des Gläubigerausschusses Folgendes zu bemerken:

1) Der Gantrichter veranlaßt in geeigneten Fällen die Wahl eines besondern Ausschusses der Gantgläubiger, welche die Gesammtheit der Gläubiger repräsentiren. Es besteht

A) dieser Ausschuß in der Regel aus drei, am Orte — oder wenigstens in der Nähe — des Gantgerichts wohnenden Gantgläubigern und wird durch die Gläubiger nach Stimmenmehrheit gewählt. Prozeßordnung §. 885.

Es muß jedoch die Gesammtsumme der Forderungen, welche die unter jener Mehrheit begriffenen Gläubiger bei der Liquidationstagfahrt angemeldet haben, wenigstens die Hälfte des Betrages aller angemeldeten Forderungen ausmachen. Ist dieses der Fall nicht, so erscheint die Wahl als ungiltig; wenn aber nach wiederholten Versuchen eine giltige Wahl überhaupt nicht zu Stand kömmt, so ernennt das Gantgericht einen Gläubigerausschuß auf die Gefahr der Gläubiger hin. Prozeßordnung §§ 886, 887.

B) Nach dem eben Angeführten dürfen nur *Gläubiger* — nicht Anwälte oder Bevollmächtigte derselben — gewählt werden, weil das Gesetz nur von *diesen* spricht und *deren* Forderung nach ihrer Quantität zum Maßstab der Giltigkeit ihrer Abstimmung macht, ferner weil der Grund des Gesetzes offenbar kein anderer ist, als nur den *unmittelbar interessirten Gläubigern* die gesetzlich vorgeschriebene Einwirkung auf die gemeinschaftliche Gantmasse zu überlassen.

C) Das Gantedikt muß die ausdrückliche Bemerkung enthalten, daß bei der zum Richtigstellungs- und Vorzugsverfahren anberaumten Tagfahrt auch die Wahl eines Gläubigerausschusses werde vorgenommen werden. Das hierbei anzudrohende Präjudiz besteht darin, daß die Nichterschei-

nenden als der Mehrheit der Erschienenen beitretend angesehen werden sollen. Prozeßordnung §. 853, Nr. 3.

2) Die in der Prozeßordnung vorgeschriebene Wirksamkeit des Gläubigerausschusses ist folgende:

A) Wenn der Massepfleger beim Gantrichter die erforderlichen Anträge wegen Veräußerung der Gantmasse gestellt hat, so wird der Gläubigerausschuß hierüber vernommen, ehe das Gantgericht deßfalls die geeigneten Verfügungen trifft. Prozeßordnung §. 840, Nr. 2.

B) Bei streitigen Forderungen oder Ansprüchen der Gantmasse hat der Massepfleger die Prozeßführung dem Gantanwalte zu übertragen; dieser aber hat in zweifelhaften Fällen auch die Genehmigung des Gläubigerausschusses zu dieser Prozeßführung einzuholen. Prozeßordnung §. 840, Nr. 3.

Der Gantanwalt wird also zur Vermeidung gefährlicher Regreßklagen wohl thun, bei allen etwas bedenklichen Prozessen die Genehmigung der vom Massepfleger erhaltenen Prozeßlegitimation beim Gläubigerausschusse einzuholen

C) Der Gläubigerausschuß hat zu beschließen, ob die vom Massepfleger erhobenen Gelder verzinslich oder auf andere Weise angelegt werden sollen. Prozeßordnung §. 840, Nr. 4.

D) Der Gläubigerausschuß hat das Recht, vom Massepfleger zu jeder Zeit die Vorlage seines, über die Einnahmen und Ausgaben der Gantmasse zu führenden Tagebuches zu verlangen Prozeßordnung §. 840, Nr. 5.

E) Der Gläubigerausschuß hat das Recht, gegen die vom Massepfleger am Schlusse seiner Verwaltung gestellte Rechnung die geeigneten Erinnerungen vorzubringen, über welche, nach deren Erörterung, das Gantgericht zu entscheiden hat. Prozeßordnung §. 840, Nr. 8.

F) Wenn der Gantanwalt gegen ein, die Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger beschwerendes Erkenntniß ein Rechtsmittel ergreifen will, so ist zuvörderst die Prozeßlegitimation des Gläubigerausschusses erforderlich. Prozeßordnung §. 919.

Hat er diese nicht eingeholt, so kann ein ohne die nöthige Legitimation erfolgtes Erkenntniß in Bezug auf die Gantkreditorschaft keine rechtlichen Folgen haben.

G) Der Gläubigerausschuß hat das Recht, die Erledigung der Gant auch dann zu verlangen, wenn der Gemeinschuldner rücksichtlich einer ganz oder theilweise für liquid erkannten Forderung ein Rechtsmittel ergreift. Prozeßordnung §. 920.

IV. Wir haben zum Schlusse noch die im Eingang erwähnte gantrichterliche Verfügung zu prüfen, und bemerken in dieser Hinsicht:

1) Nach der Vorschrift des §. 841 der Prozeßordnung hat der Gantrichter auch vor endlicher Vertheilung der Gantmasse und während des Gantverfahrens die Auszahlung gehörig richtig gestellter Forderungen an einzelne Gläubiger alsdann zu verfügen, wenn es vollkommen gewiß ist, daß diese aus der Masse, vermöge der gesetzlichen Rangordnung, jene Zahlung jedenfalls erhalten werden.

Der Gantrichter bedarf zu dieser Verfügung weder der Einvernahme des Gläubigerausschusses, noch des Massepflegers und Gantanwaltes, sondern er kann selbe auf den Grund der betreffenden Aktenfaszikel über die Richtigstellung der Ansprüche an die Masse und den Bestand derselben ohne weiters erlassen.

Sagt man aber, das Gantgericht werde der größeren Sicherheit wegen gut thun, die bei einer solchen vorläufigen Auszahlung betheiligten Gantgläubiger durch den nach §. 883 sie vertretenden Ausschuß zu vernehmen, so würde nach dem Obigen

2) dieses Gesuch dem Obmanne des Gläubigerausschusses mitzutheilen seyn, um diesen Ausschuß, so wie den Massepfleger hierüber zu vernehmen.

Eine Einvernahme des Gantanwaltes da, wo nichts streitig, sondern der Anspruch außer Zweifel ist, erscheint ganz zweckwidrig, jedenfalls aber durchaus unzuläßig, denselben über den Ausschuß und den Massepfleger zu stellen, da man von diesen vielmehr Aufträge anzunehmen und Genehmigungen einzuholen hat, denselben also untergeordnet ist.

X.

II.

Reicht die bloße Thatsache des Eigenthumserwerbs zur Begründung der Negatorienklage hin?

Königheim gegen Leiningen.

In den Erörterungen über die Beweislast bei der Negatorienklage (Annalen Band II. S. 37 und 110. Band III. S. 25 und 256. Band IV. S. 165) wurde unter anderen, bezüglich auf Grunddienstbarkeiten und Erbpflichtigkeiten, der Satz aufgestellt, daß es zur Begründung der Entlastungsklage schon genüge, wenn der Kläger behaupte, daß er das Eigenthum des dienenden Gutes erworben habe. Wie es scheint, wollte man sich diese Theorie in dem gegenwärtigen Falle, wo es sich um eine Gült und also um eine Erbdienstbarkeit handelt, zu Nutzen machen.

Im April l. J. ließ nämlich die Gemeinde Königheim bei großherzoglichem Hofgerichte eine Klage einreichen, in deren Eingang angeführt wird, daß die versammelte Bürgerschaft, ungeachtet der ihr auf amtlichen Befehl gemachten Aufforderung, die bisher an das fürstlich-leiningensche Rentamt Tauberbischoffsheim entrichteten Gültbeträge auch fortan zu entrichten, beschlossen habe: daß für dieses Jahr und fernerhin keine Gült mehr gegeben werde, daß man sich

verklagen lassen wolle *), bis vorgelegt werde, aus welchen Gründen die Gült von ihnen gefordert werde, und ob auch die Gültbücher nach den Gesetzen erneuert worden seien. Zur Sache selbst ist hiernächst vorgetragen: „Sämmtliche Einwohner der Gemeinde behaupten, daß sie das Eigenthum der von ihnen besessenen Liegenschaften erworben haben. In diesem Eigenthumsrechte liegt kraft Gesetzes die Befugniß, über Bestand und Wesen der Güter, so wie über den Genuß derselben nach Belieben zu schalten und zu walten. Das fürstlich leiningensche Rentamt Tauberbischoffsheim ist aber der Ansicht, daß Güter der Gemarkung gültpflichtig seien und verlangt, daß diese Gült entrichtet werde. Weder die Gemeinde noch die einzelnen Eigenthümer der Güter erkennen diesen Eingriff in ihr freies volles Eigenthum an.“

Nach dem hierauf gestützten Begehren sollte erkannt werden, daß dem beklagten Rentamte kein Gültrecht in der Gemeinde Königheim, beziehungsweise an einzelnen Gütern der Einwohner zustehe.

Durch hofgerichtlichen Beschluß vom 21. April ward jedoch in Urtheilsform verfügt: „die Klage findet nicht Statt.“

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß die Erbgült eine Abgabe ist, welche ein Eigenthümer von dem Genuß eines ihm gehörigen Guts an jeden getreuen Inhaber des Gültrechts zahlen muß;

I. E. daß nach L.R.S. 577 a. b. der Gültgeber voller Eigenthümer ist, welchem die Befugnisse des L.R.S. 544 unbezweifelt zustehen.

I. E. daß also aus dem Erwerb des Eigenthums an Liegenschaften an und für sich die Freiheit von einer etwa darauf haftenden Gültlast nicht gefolgert werden kann, weßhalb zur Begründung der Entlastungsklage, zufolge L. R. S. 1315, ein besonderer Erlöschungsgrund des Gültrechts angegeben seyn müßte;

I. E. daß aber nicht bloß die Entlastungsklage ungegründet, sondern auch die klagende Gemeinde als solche nicht zur Sache legitimirt ist, weil hiebei nur die einzelnen Güterbesitzer, an welche die Gült gefordert wird, betheiligt sind;

I. E. daß eben so wenig das beklagte Rentamt zur Sache legitimirt ist, indem nur die fürstliche Standesherrschaft selbst, welche das Rentamt nicht zu vertreten hat, belangt werden könnte;

Nach Ansicht der §§. 92, Nr. 1 und 358 der Prozeßordnung. A. d. Gr. rc.

Im Wesentlichen nach denselben Grundsätzen wurde entschieden unter den Rubriken: Königheim gegen Rentamt Triefenstein, Bretzingen gegen Leiningen, Gißigheim gegen Bettendorf.

Es wurde in den beiden letzten Fällen nur noch hinzugefügt, daß die Meinung der Kläger, als hätten sie nur unbelastetes freies Eigenthum erworben, dem Gültherrn unnachtheilig, und daß auch die Angabe der Güter, in Ansehung welcher die Freiheit von den Gülten und Zinsen behauptet wird, zur Begründung des Klagbegehrens erforderlich sei.

Bayer.

*) Sicher wäre es klüger gewesen, die Klage des Gültherrn abzuwarten, statt gegen ihn klagend aufzutreten. D. E.

III.

Ueber das Anschließungsrecht (accessorische Adhäsion) bei Recursen in Administrativsachen. —

Die bürgerliche Prozeßordnung kennt ein Anschließungsrecht, die Verordnung über Recurse in Administrativ- und Polizeisachen erwähnt aber der Adhäsion nicht.

Auf eine Anfrage über diesen Gegenstand erwiederte das großherzogliche Ministerium des Innern durch Erlaß vom 19. Januar 1838, Nr. 554:

Bei der angeregten Frage sind die Administrativsachen im engeren Sinne von den Sachen der sogenannten administrativ contentiösen Gerichtsbarkeit zu unterscheiden.

Bei den ersteren, die auf einem von den letzteren wesentlich verschiedenen Grunde beruhen, erachtet man diesseits eine Anschließung nicht für zuläßig. — Jedoch versteht es sich, daß in Fällen dieser Art unter die Voraussetzungen des §. 13 der Recursordnung selbst nach abgelaufenen Fristen auf ergriffenen selbstständigen Recurs dessen, gegen welchen vorher ein Recurs ergriffen worden war, — ja unter die Voraussetzungen des §. 18 ibidem sogar von Amtswegen jede Abänderung der angefochtenen Verfügung eintreten kann.

Bei denjenigen, ihrer Natur nach zur bürgerlichen Gerichtsbarkeit gehörigen Streitigkeiten, deren Entscheidung nach §. 8 der Beilage D. des Organisationsrescripts vom 26. November 1809 den Kreisdirektorien (Regierungen) ausnahmsweise zusteht, erscheint die accessorische Adhäsion zuläßig, da hier, wo es sich um das Mein und Dein handelt, das Verfahren des Administrativrichters jenem der Civilgerichte möglichst assimilirt werden muß. — Es wird deßwegen da, wo das im Recurswege angefochtene Erkenntniß zum Theil für — zum Theil gegen den Recurrenten entschieden hat, wohl daran gethan seyn, wenn jedesmal eine Vernehmlassung dessen, gegen welchen der Recurs gerichtet ist, erhoben wird. — In der zur Abgabe der Vernehmlassung gesetzten Frist muß alsdann von der Anschließung bei Verlust derselben Gebrauch gemacht werden.

Junghans,
Regierungsrath in Mannheim.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 22. Karlsruhe den 2. Juni 1838.

I.

Ueber die Strafe des Rückfalls beim wiederholten dritten Diebstahl.

Wegen Entwendung eines Hemdes, im Werthe von 1 fl. 15 kr., war Franz Joseph Kroner von Edingen durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 12. Dezember v. J. des zum drittenmal wiederholten dritten Diebstahls für schuldig erklärt, und zu einer Zuchthausstrafe von acht Jahren verurtheilt worden.

Dieses Urtheil gründet sich auf den §. 77 des Strafedicts und den §. 93 des Anhangs dazu. Nach der bisherigen Praxis schien das Maß der Strafe auch gar nicht zweifelhaft. Der Inculpat ergriff jedoch den Rechtsrecurs an das großherzogliche Oberhofgericht, welches unterm 27. März d. J. erkannte:

„daß hofgerichtliche Urtheil sei dahin abzuändern, daß Recurrent zwar des zum drittenmal wiederholten dritten Diebstahls, im Werthe von 1 fl. 15 kr., für schuldig zu erklären, jedoch mit Rücksicht auf den Gesammtbetrag der früher bestraften Diebstähle, ad 91 fl. 22 kr., nur in eine Zuchthausstrafe von zwei Jahren, drei Monaten, sofort in die Untersuchungs-, Straferstehungs- und Recurskosten zu verfällen sei." —

Die Entscheidungsgründe, so weit sich dieselben auf unsere Frage beziehen, lauten folgender:

„Was dagegen das Strafmaß betrifft, so hat das Strafedict im §. 77 nur für den ersten dritten Diebstahl eine auf zwei Jahre festbestimmte und überdies durch Markenberechnung wachsende Strafe vorgemessen; eine Strafbestimmung für den Rückfall in den dritten Diebstahl fehlt im Strafedict, und es läßt sich nur aus allgemeinen Gründen der Strafzumessung behaupten, daß der Rückfall ein Schärfungsgrund sei; daß aber diese Schärfung nach der Analogie anderer, im Edicte bestimmter Rückfallsstrafen, gerade immer in Verdopplung, Verdreifachung u. s. w. der festbestimmten Strafe des ersten Falls bestehen müsse, dies folgt weder aus allgemeinen Grundsätzen, noch aus §. 93 des Anhangs zum Strafedict, vielmehr gibt diese, den Character eines Gesetzes ohnehin nicht an sich tragende Justizministerialerläuterung dem Richter die dem Geist des Strafedicts entsprechende Norm, daß in Bezug auf

die nach Größe des Schadens wachsenden Strafen in der fortgesetzten Beirechnung der früheren Summen des Schadens zu den letzten, schon das Maß der Rückfallsstrafe enthalten sei." —

„Da nun im vorliegenden Fall die Summe der früheren Diebstähle, mit Einschluß des jetzigen, 1 fl. 15 kr. betragenden, 92 fl. 37 kr. macht, so können der festbestimmten dritten Diebstahlsstrafe von zwei Jahren Zuchthaus, als Schärfung für den gegenwärtigen Rückfall, zufolge §. 77 des Edicts, nur drei Monate zugefügt werden." —

Dieses Präjudiz dürfte Anlaß geben, den in den Zuchthäusern befindlichen Dieben, welchen die Rückfallsstrafe nach der früheren Praxis zugemessen wurde, einen verhältnißmäßigen Theil im Wege der Gnade zu erlassen, um eine Gleichheit vor dem Gesetze herzustellen.

Bayer.

II.

Ueber die Gesetzeskraft der Erläuterungen zum Strafedict und die Bestrafung des Rückfalls in den dritten Diebstahl.

Kaum hatte der oberste Gerichtshof, auf den Recurs des Fr. J. Kroner von Edingen, eine von der bisherigen Praxis abweichende Entscheidung gegeben, als bei dem großherzoglichen Hofgericht am 16. Mai 1838 ein ganz ähnlicher Fall zur Aburtheilung kam, in welchem von der Majorität die oberhofgerichtliche Ansicht nicht adoptirt wurde. Paul Pausch von Heidelberg war nämlich wegen eines zum erstenmal wiederholten dritten, und zugleich wegen eines zum zweitenmal wiederholten dritten Diebstahls in Untersuchung gezogen, und in beider Beziehung schuldig

befunden worden. Es fragte sich nun: welche Strafe zu erkennen sei? Was zuvörderst

I. die Gesetzeskraft der Erläuterungen betrifft, so glaubte man den Gründen, welche dagegen angeführt werden (Jahrbücher von 1824, Seite 355 ff.; neue Folge, erstes Doppelheft, Seite 124 ff. Archiv für die Rechtspflege 2c., Bd. I. Seite 62), nicht beitreten zu können, weil die Erläuterungen, wenn auch nicht unmittelbar vom Regenten selbst erlassen, und in verfassungsmäßiger Form promulgirt, doch durch die Zusammenstellung und Republication im Regierungsblatt von 1812, und durch die seitherige Gerichtspraxis *) gesetzliches Ansehen erlangt, ja sogar die nachträgliche Sanction des Gesetzgebers erhalten hätten.

Man erwog nämlich, daß tausende von Strafurtheilen, welche mit auf die Erläuterungen gebaut waren, höchsten Orts zum Vollzug bestätigt, daß mehrere Verordnungen und Rechtsbelehrungen durch das Gesetz vom 25. November 1831 (Regierungsblatt Nr. XXX.), durch das Ehrenkränkungsgesetz vom 31. Dezember 1831 (Regierungsblatt von 1832 Nr. III.), und durch das Gesetz vom 3. August 1837 (Regierungsblatt Nr. XXV.), ausdrücklich aufgehoben worden, und zog daraus den Schluß, daß der Gesetzgeber auf unzweideutige Weise die Erläuterungen sanctionirt habe, wie es auch schon durch das Gesetz vom 22. Juni 1826 (Regierungsblatt Nr. XVII.) geschehen sei **). Dort sei im Artikel III., Absatz 10, namentlich der §. 93 der Erläuterungen bestätigt. Dieses Gesetz wäre auf dem Landtage von 1828 von den Kammern nicht reclamirt, und also stillschweigend genehmigt worden ***). Mittermaier im Archiv für die civil. Praxis, Bd. XVII. S. 306 bis 319. — Zu dieser Meinung bekannten sich acht Stimmen, wogegen drei andere Votanten den Erläuterungen nur doctrinellen Werth in so fern beilegen wollten, als sie mit dem Gesetze selbst im Einklange stehen †). — Anlangend

II. das Maß der Strafe, so bestimme der im Kroner'schen Falle vom großherzoglichen Oberhofgericht zur Anwendung gebrachte §. 78 der Erläuterungen ††), daß der wiederholte dritte Diebstahl nach den Regeln der Wiederholung eines Verbrechens bestraft werden soll, und verweise auf den § 93 (nicht §. 92) daselbst, wornach bei Wiederholungen desselben Verbrechens die für den ersten Fall dieser Art festbestimmte Strafe verdoppelt, verdreifacht 2c. werden müsse. Diese Bestimmung beziehe sich nicht auf zweite Diebstähle, weil hierüber schon die §§. 73 und 78 des Strafedicts das Maß angeben, sondern auf die Wiederholungen des dritten Diebstahls, wofür im Edicte selbst keine besondere Vorsehung getroffen sei; sie stehe überdies, wie das großherzogliche Oberhofgericht bei einer früheren Gelegenheit einstimmig anerkannt habe, mit dem Geiste des Gesetzes nicht im Widerspruche. Jahrbücher, neue Folge, zweites Doppelheft, S. 297 bis 303.

Im Allgemeinen sei nämlich der Rückfall nach §. 96 des Edikts ein Erschwerungsgrund; wenn nun der §. 77 ibid. bei Diebstählen den zweiten Rückfall mit zweijährigem Zuchthaus bedrohe, und nebstdem, sofern die Summe aller Diebstähle zusammengerechnet über 48 fl. ausmache, noch Zusätze nach der Markenberechnung statuire; wenn ferner der §. 79 für Jauner den ersten Diebstahl, ohne Rücksicht auf die Summe des Gestohlenen, mit zweijährigem, den zweiten mit vierjährigem und den dritten mit sechsjährigem Zuchthaus verpöne, so könne nicht geläugnet werden, daß die erste Bestimmung des §. 93 der Erläuterungen dem Geist des Gesetzes entspreche. Dagegen leide die zweite Bestimmung, welche sagt, daß in Bezug auf die nach Größe des Schadens wachsenden Strafen in der fortgesetzten Beirechnung der früheren Summen des Schadens zu der letztern schon von selbst das Maß für die Wieder-

*) Ueber den Werth einer constanten Praxis vergl. Thibaut im Archiv für die civil. Praxis, Bd. V., S. 313 — 316. Minigerode über den Stand der Gesetzgebung 2c. S. 51 — 54. D. E.

**) Es wurde zwar eingewendet, daß die Erläuterungen nur als das, was sie wirklich sind, angeführt oder aufgehoben, aber nirgends für Gesetze erklärt worden seien. Dies sei geschehen, weil den Factoren der Gesetzgebung bekannt gewesen, daß die Gerichte bisher allgemein die Erläuterungen angewendet haben. — Die Majorität legte jedoch auf diesen Einwand kein Gewicht, weil der Gesetzgeber gerade durch die Aufhebung einzelner Erläuterungen den Fortbestand der übrigen um so gewisser genehmigt habe, als er diese sonst ebenfalls aufgehoben haben würde, statt den Gerichten zu überlassen, sie außer Anwendung zu setzen. D. E.

***) Man kann daher, weil das provisorische Gesetz vom 22. Juni 1826 von dem Regenten selbst erlassen und in verfassungsmäßiger Form promulgirt ist, dem §. 93 der Erläuterungen, welcher schon früher seinem ganzen Inhalte nach im Regierungsblatt verkündet wurde, die Gesetzeskraft nicht absprechen. D. E.

†) Dabei ward jedoch zugestanden, daß die Erläuterungen als Beurkundung der inländischen Praxis der in den Lehrbüchern des gemeinen Rechts aufgestellten Praxis allerdings vorzuziehen seien. D. E.

††) Das hofgerichtliche Urtheil wurde nämlich in so weit, als es den Fr. J. Kroner des zum drittenmal wiederholten dritten Diebstahls für schuldig erkennt, in der Recursinstanz bestätigt, und folglich die Begriffsbestimmung und Benennung des Verbrechens allein aus dem §. 78 der Erläuterungen entlehnt, weil das Strafedikt nur vom dritten Diebstahl spricht, und die P. G. O. denselben mit dem Strange bestraft, und dadurch einen weiteren Rückfall unmöglich macht. Ohne Rücksicht auf die vorgedachten Erläuterungen hätte also Kroner des sechsten Diebstahls für schuldig erklärt werden müssen. D. E.

holung liege — auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, weil für den dritten Diebstahl eine festbestimmte Strafe vorgemessen sei; sie beziehe sich vielmehr auf wiederholte Betrügereien, Unterschlagungen ꝛc., für welche das Gesetz keine festbestimmte Strafe dictirt habe. Dies gehe insbesondere noch aus der Betrachtung hervor, daß nach der zweiten Bestimmung alsdann, wenn zufällig alle Diebstähle zusammengerechnet die Summe von 48 fl. nicht erreichen oder übersteigen sollten, gar kein Maß für die Wiederholung gefunden werden könnte, falls die Verdopplung, Verdreichfachung ꝛc. der Grundstrafe nicht mehr eintreten dürfte.

Da dem Bisherigen zufolge kein Grund vorliege, von der Auslegung, welche dem §. 93 der Erläuterungen während eines Zeitraums von 26 Jahren in der Gerichtspraxis gegeben worden *), plötzlich wieder abzugehen, und dadurch die Bahn für einen schwankenden Rechtszustand zu brechen, so stimmten sieben Votanten für den zum erstenmal wiederholten dritten Diebstahl auf vier, und für den zum zweitenmal wiederholten dritten Diebstahl auf sechs, sonach im Ganzen auf 10 Jahre gemeines Zuchthaus. Vier andere Stimmen hingegen erklärten sich mit der oberhofgerichtlichen Ansicht einverstanden, und votirten daher für jeden dieser beiden Diebstähle auf zweijährige Zuchthausstrafe, mit einem Zusatz nach der Markenberechnung.

Außerdem beantragte eine dieser vier Stimmen einen weiteren arbiträren Strafzusatz, weil die Wiederholung nach §. 96 des Edicts jedenfalls einen besonderen Erschwerungsgrund ausmache.

Hiernach wurde, der herkömmlichen Praxis gemäß, mit überwiegender Stimmenmehrheit, im Hinblick auf die §§. 75 und 77 der Erläuterungen, eine zehnjährige Zuchthausstrafe erkannt, weil Inculpat bei Untersuchung des zuletzt begangenen Diebstahls auch des früheren, dessen er durch hofgerichtliches Urtheil bereits klagfrei erklärt war, überwiesen worden ist. Bayer.

Anmerkung der Redaction. — Die Frage, wie die wiederholten dritten Diebstähle zu bestrafen seien, wurde nicht blos beim Oberhofgericht, sondern auch bei einigen Hofgerichten seit längerer Zeit in Streit gezogen, wenn gleich die Majorität bis in die neueste Zeit überall an der seit lange bestandenen Praxis festhielt, wornach die zweijährige Zuchthausstrafe im ersten Wiederholungsfalle verdoppelt, im zweiten verdreifacht, im dritten vervierfacht ꝛc. wird, und daneben noch die nach der Markenberechnung (§. 77 des Strafedicts) sich ergebenden Zusatzmonate, jedoch in allen Wiederholungsfällen nur einfach, berechnet und hinzugefügt werden.

Einige hielten dafür, diese letztern Zusatzmonate müßten außer Rechnung bleiben, Andere wollten diese Zusatzmonate, aber keine Verdopplung ꝛc. der zwei Jahre eintreten lassen, — wieder Andere hielten dafür, es sei überhaupt nur ein arbiträrer Strafzusatz für die Wiederholung zu erkennen, — noch Andere wollten mit der Multiplikation der zwei Jahre nach dem Wortlaute des §. 93 der Erläuterungen nur bis zur Verdopplung und Verdreifachung, nicht aber auch bis zur Vervierfachung, Verfünffachung u. s. w. schreiten.

Mitglieder, welche schon vor langen Jahren bei Gerichtshöfen waren, behaupten, daß man in früherer Zeit bei wiederholten dritten Diebstählen, nach dem Schlußsatze des §. 93 der Erläuterungen, keine Verdopplung ꝛc. der zweijährigen Zuchthausstrafe, sondern nur die mit Hinzufügung der früheren Diebstahlssummen zu berechnenden Zusatzmonate erkannt, daß aber das Justizministerium einmal um das Jahr 1813, in einem speziellen Falle die Ansicht, wornach eine Verdopplung ꝛc. statt finden sollte, gegen das Hofgericht in Rastadt ausgesprochen und den andern Gerichtshöfen davon Nachricht gegeben habe, und daß sich seit damals (wo man alles, was vom Justizministerium kam, für ein Evangelium hielt) die oben erwähnte, seit lange bestehende, Praxis gebildet habe, welche erst in neuerer Zeit wieder vielfache Anfechtung erlitt. Nachdem nun schon beide Senate des obersten Gerichtshofs in neuester Zeit in einzelnen Fällen sich gegen die Verdopplung, Verdreifachung ꝛc. der zweijährigen Zuchthausstrafe ausgesprochen hatten, im Uebrigen aber doch noch die verschiedenartigsten Ansichten bestanden, so wurde am 19. Mai 1838 eine Plenarsitzung gehalten, um die Frage über die Bestrafung wiederholter dritter Diebstähle im Allgemeinen zu berathen.

Das Resultat dieser Berathung (worüber die oberhofgerichtlichen Jahrbücher demnächst das Nähere mittheilen werden) bestand darin, daß zehn Stimmen gegen fünf aussprachen:

> es finde bei Bestrafung wiederholter dritter Diebstähle eine Verdopplung, oder weitere Vervielfältigung der zweijährigen Zuchthausstrafe nicht Statt, sondern die Strafschärfung wegen der Wiederholung bestehe nur darin, daß die Summe des neu verübten Diebstahls mit den früheren Diebstahlssummen zusammengerechnet und darnach der Strafzusatz in Gemäßheit des §. 77 des Strafedikts bestimmt werde.

Zur Begründung dieses Ausspruchs wurde aber keineswegs die Gesetzeskraft des §. 93 der Erläuterungen von 1812 bekämpft, wie dies bei der hofgerichtlichen De-

*) Kein Mitglied des Collegiums konnte sich eines entgegengesetzten Präjudizes aus früherer Zeit erinnern. D. E.

liberation das Hauptmoment gewesen zu seyn scheint. Diese Frage wurde hier unentschieden gelassen und von der Majorität des Oberhofgerichts vielmehr in jenem §. 93 noch ein wichtiger Unterstützungsgrund für ihre Ansicht gefunden.

Abgesehen von diesen Erläuterungen von 1812, wurde aber dieselbe Ansicht

1) auch durch das Strafedikt selbst begründet.

Es wurde bemerkt, daß nach gemeinem Rechte der Rückfall überhaupt (wo er nicht, wie beim dritten Diebstahle, ein eigenes Verbrechen bilde) einen arbiträren Strafzusatz begründe, und daß dieser Grundsatz, wenn man vom §. 93 der Erläuterungen absehe, auch bei uns Anwendung fände, so weit nicht das Strafedikt bei einzelnen Verbrechen die Rückfallsstrafe besonders bestimme.

Die im §. 93 der Erläuterungen für die Regel der Verdopplung, Verdreifachung rc. zitirten analogen Bestimmungen der §§. 62 e und 79 e *) fänden, da sie nur von der mit dem Diebstahl nicht verwandten Unzucht, und von der ohnehin durch besondere Strenge ausgezeichneten Jaunereistrafe handeln, beim Diebstahle wohl keine Anwendung.

Handelte es sich um Analogien für die Bestrafung einer Wiederholung des dritten Diebstahls, so könnte dazu eher der §. 76 des Strafedikts, der den zweiten Diebstahl als eine Wiederholung des ersten, mit einer um die Hälfte erhöhten Strafe bedroht, angenommen werden.

Der Sprung vom zweiten auf den dritten Diebstahl könnte nicht zum Maßstabe dienen, weil das Gesetz den dritten Diebstahl als ein eigenes Verbrechen auszeichnete, und ihn selbstständig mit einer besondern hohen Strafe bedrohte, was beim vierten, fünften oder sechsten Diebstahl nicht der Fall ist. Diese weitern Rückfälle bilden nicht eben so, wie der dritte Diebstahl, wieder eigene Verbrechen, sondern sind lediglich Wiederholungen des dritten Diebstahls.

Hält man sich aber an die Analogie des zweiten Diebstahls, der als ein wiederholter erster mit einer um die Hälfte erhöhten Strafe bedroht ist, um einen Strafzusatz für den wiederholten dritten Diebstahl aufzufinden, so ist bemerkenswerth, daß

a) das Gesetz (§. 76 des Strafedikts) auf den zweiten (d. i. wiederholten ersten) Diebstahl ausdrücklich eine um die Hälfte höhere Strafe droht, und hinsichtlich der wiederholten dritten Diebstähle nicht eben so eine besondere Vorschrift gibt; — und daß dagegen

b) der §. 77 beim dritten Diebstahl, dessen Strafe sich nach der Diebstahlssumme erhöht, die Hinzurechnung der frühern Diebstahlssummen vorschreibt, während eine solche Hinzurechnung im §. 76 für die Bemessung der Strafe des wiederholten ersten (d. i. des zweiten) Diebstahls nicht vorgeschrieben ist.

Hält man diese beiderlei Verschiedenheiten zusammen, so wird man die Ueberzeugung gewinnen:

zu a. daß das Gesetz für den wiederholten ersten Diebstahl eine besondere Straferhöhung vorschrieb,

weil es bei der Strafbemessung die frühere Diebstahlssumme nicht hinzurechnen ließ,

und daß es für den wiederholten dritten Diebstahl eine besondere Straferhöhung nicht vorschrieb,

weil es bei der Strafbemessung die frühern Diebstahlssummen hinzurechnen ließ; —

oder daß, was dasselbe ist,

zu b. das Gesetz bei Bemessung der Strafe des wiederholten ersten Diebstahls die frühere Diebstahlssumme nicht hinzurechnen ließ,

weil es für den wiederholten ersten Diebstahl schon eine andere Strafschärfung bestimmte,

und daß es bei Bemessung der Strafe des wiederholten dritten Diebstahls die frühern Diebstahlssummen hinzurechnen ließ,

weil es für den wiederholten dritten Diebstahl keine andere Strafschärfung bestimmte.

Eine gleichzeitige Androhung beiderlei Schärfungen wäre wohl auch unnatürlich gewesen, da durch die Hinzurechnung der frühern Diebstahlssummen die Strafe des wiederholten dritten Diebstahls nach Umständen ganz enorm gesteigert wird.

Vielleicht wäre es angemessen gewesen, für die Fälle, in welchen die in der Hinzurechnung der frühern Diebstahlssummen liegende Rückfallsschärfung, nur sehr wenig oder gar nichts beträgt, einen andern Strafzusatz zu substituiren; allein das Gesetz hat dies nun einmal nicht gethan, und der Gesetzgeber mochte auch, wohl mit gutem Rechte, annehmen, daß in denjenigen Fällen, in welchen nicht nur der neu verübte, sondern auch die frühern Diebstähle so geringfügig waren, daß alle Diebstähle zusammengenommen wenige Mark Silbers nicht übersteigen, die Strafe von zwei Jahren Zuchthaus für solche geringfügige, wenn gleich wiederholte, dritte Diebstähle immer noch genüge. Die Geringfügigkeit der objektiven Rechtsverletzung auf der einen Seite mag das in der Wiederholung liegende strafbare Moment auf der andern Seite wieder ausgleichen.

Daß aber jene Hinzurechnung der frühern Diebstahlssummen wirklich eine gegen den diebischen Hang gerichtete Strafschärfung sei, d. h. daß sie einen Strafzusatz

*) Der dort weiter angeführte §. 64 d ist ein falsches Zitat, da es im §. 64 keine lit. d gibt, und im §. 64 überhaupt von einer Rückfallsstrafe gar nichts erwähnt ist. D. R.

für die Wiederholung bezwecke,' geht schon aus der Betrachtung hervor, daß es sonst zu jener in der Hinzurechnung der früheren Diebstahlssummen liegenden Schärfung gar keinen denkbaren Rechtsgrund gäbe.

Der wiederholte dritte Diebstahl soll, wenn er auch kleiner ist, als der erstmalige dritte Diebstahl, immerhin doch höher, oder, wenn er ganz unbedeutend ist, wenigstens noch eben so hoch als dieser bestraft werden.

Der geringere spätere Diebstahl müßte aber an und für sich auch geringer bestraft werden, wenn nicht das Gesetz deßwegen, weil er ein Rückfall ist, also um den diebischen Hang zu züchtigen, das Gegentheil vorschriebe.

Liegt hiernach in der gedachten Hinzurechnung der frühern Diebstahlssummen zur neuen schon ein Strafzusatz für die Wiederholung, so ist der Richter nicht ermächtigt, willkührlich jetzt auch noch eine weitere Schärfung eintreten zu lassen.

Diese Folgerungen aus den §§. 76 und 77 des Strafedikts sind nun

2) auch noch bestätigt durch den §. 93 der Erläuterungen von 1812.

Dieser §. 93 stellt die Regel auf, daß die Strafe der Wiederholung in der Verdopplung, und bei einer zweiten Wiederholung in der Verdreifachung der festbestimmten *) Strafe, welche den Fall als Ersten träfe, bestehe. Als Ausnahme von dieser Regel ist sodann aber im Schlußsatze verordnet:

„In Bezug auf die nach Größe des Schadens wachsenden Strafen liegt in der fortgesetzten Berechnung der frühern Summen des Schadens zu der letzten schon von selbst das Maß für die Wiederholung."

Hier ist also mit dürren Worten gesagt, daß bei der Wiederholung eines dritten Diebstahls, dessen im §. 77 des Strafedikts bestimmte Strafe eine „nach der Größe des Schadens wachsende" ist, die Regel der Verdopplung nicht Platz greife, sondern die Schärfung für die Wiederholung schon in der Hinzurechnung der frühern Diebstahlssummen zur Summe des letzten, wiederholten dritten, Diebstahls liege.

Wenn nun in dem obigen Aufsatze gesagt ist, der erwähnte Nachsatz des §. 93 beziehe sich nur „auf wiederholte Betrügereien, Unterschlagungen rc., für welche das Gesetz keine festbestimmte Strafe diktirt habe," — so ist dies allerwenigstens eine ganz willkührliche Annahme, die wohl sicher nicht dadurch gerechtfertigt wird, daß man die eben so willkührliche Behauptung aufstellt: das Gesetz könnte ja bei wiederholten dritten Diebstählen unmöglich einen Fall zulassen, wo der wiederholte dritte Diebstahl wegen Geringfügigkeit der Beträge nur mit der gleichen Strafe, wie der erstmalige dritte, belegt würde.

Der angeführte Schlußsatz des §. 93 spricht von nicht mehr und von nicht weniger, als eben unbeschränkt

„von den nach der Größe des Schadens wachsenden Strafen;"

daß aber die Strafe des dritten Diebstahls eine solche sei, wird Jeder anerkennen müssen, der den §. 77 des Strafedikts liest.

Die behauptete Unanwendbarkeit des Schlußsatzes des §. 93 auf die wiederholten dritten Diebstähle würde übrigens die Folge haben, daß gegen die bisherige Praxis nicht blos die zweijährige Zuchthausstrafe, sondern die ganze Strafe des dritten Diebstahls, einschließlich der durch die Markenberechnung sich ergebenden Zusatzmonate, im ersten Wiederholungsfalle verdoppelt, im zweiten verdreifacht werden müßte u. s. w.; denn nach dem ersten Satze des §. 93 soll diejenige Strafe verdoppelt oder verdreifacht werden,

„welche der nämliche Fall, wenn er der erste dieser Art (d. i. also der erstmalige dritte Diebstahl) wäre, würde verdient haben."

Dies hat man von Seiten der Vertheidiger der bisherigen Praxis wohl gefühlt. Dieselben haben daher (wenigstens bei der oberhofgerichtlichen Deliberation) den Nachsatz des §. 93 keineswegs blos auf Unterschlagungen, Betrügereien rc. bezogen, sondern auch auf wiederholte dritte Diebstähle, sie suchten sich aber durch eine andere Unterscheidung zu helfen, indem sie sagten: auf die zweijährige Zuchthausstrafe, die den dritten Diebstahl unter allen Umständen trifft, finde der erste Satz, und auf die nach der Schadensgröße noch dazu kommenden Zusatzmonate der zweite Satz des §. 93 Anwendung.

Daß aber diese Unterscheidung eben so willkührlich sei, wie die erste, leuchtet in die Augen, wenn man den §. 77 des Strafedikts mit dem §. 93 der Erläuterungen vergleicht. Im §. 77 des Strafedikts ist die Strafe des dritten Diebstahls dahin bestimmt, daß sie wenigstens zwei Jahre Zuchthaus betrage, und um so viele Monate wachse, als die Summe aller Diebstähle, zusammengenommen in halben Marken den Betrag von 48 fl. übersteige. Das Ganze zusammen macht die Strafe des dritten Diebstahls aus, und man kann zwischen einem Theile dieser Strafe und dem andern nicht willkührlich einen vom Gesetze nicht ausgedrückten Unterschied machen. Ohnehin spricht der Schluß-

*) Bei unbestimmten Strafen gibt nämlich das vom Gesetz angedrohte Maximum und Minimum schon genug Spielraum, um die in der Wiederholung liegende Erschwerung zu berücksichtigen, so wie bei absolut unbestimmten Strafgesetzen ohnehin keine Schranke vorliegt. D. R.

satz des §. 93 der Erläuterungen nicht von einem durch die Markenberechnung hinzugewachsenen Straftheile, sondern von der nach der Schadensgröße wachsenden Strafe selbst. Nun ist aber gerade die als Minimum angenommene zweijährige Zuchthausstrafe diejenige, welche durch die Markenberechnung wächst, d. h. die wachsenden, und die aus der Markenberechnung entstandenen Zusatzmonate sind der hinzugewachsene Theil.

Was nun endlich

3) noch die allgemeine Rücksicht betrifft, daß man ohne die triftigsten Gründe eine so lange Zeit bestandene Praxis nicht aufgeben soll, weil auf der Stetigkeit der Rechtsansichten die Rechtssicherheit beruhe, so wurde dieselbe bei der oberhofgerichtlichen Berathung gebührend in die Wagschale gelegt.

Allein dieselbe konnte im vorliegenden Falle um so weniger ein Hinderniß gegen die Annahme der hier ausgeführten Ansicht seyn, als hier durch die Veränderung der Rechtsansicht keinerlei Rechte beeinträchtigt und Niemand dadurch in seinem Vertrauen auf die Gleichförmigkeit der Urtheile zu seinem Nachtheil getäuscht werden kann.

Ohnehin kommt die hier ausgeführte Ansicht jedenfalls der materiellen Gerechtigkeit näher, als die bisherige Praxis. Handelt es sich um bedeutende Diebstähle, so wächst die Strafe der dritten, und der wiederholten dritten, Diebstähle durch die Markenberechnung mit Hinzurechnung der frühern Diebstahlssummen schon sehr hoch. Sind es aber überall nur ganz geringe Diebstähle, so daß die Summe aller zusammengenommen nicht einmal 48 fl. übersteigt, so wird doch wohl auch für Wiederholungsfälle die zweijährige Zuchthausstrafe noch mehr als hart genug erscheinen, und es ist bekannt, daß gerade wegen der übermäßigen Härte der bisherigen Praxis da, wo wiederholte dritte Diebstähle von ganz geringem Betrage verübt wurden, beinah immer Begnadigungen eintreten mußten. Durch Annahme der oben ausgeführten Ansicht wird nun diesem Mißstande doch einigermaßen begegnet, und es liegt darin zugleich ein angemessener Uebergang zu dem Systeme des hoffentlich bald erscheinenden neuen Strafgesetzbuchs, welches natürlicherweise solche Diebstahlsrückfälle nicht mehr mit so unverhältnißmäßiger Härte bedrohen wird.

D. R.

II.

Zur Lehre vom Indicienbeweis.

I.

Franz Ekstein von Eubigheim.

Am ersten August 1836, Nachmittags zwischen 2 und 4 Uhr, wurden zu Dainbach in dem Hause des Andreas Wirsching, welches das letzte links an der Straße nach Mergentheim ist, aus einer Kammer neben der Wohnstube einige Stücke gedörrtes Schweinenfleisch von der Wand nebst 18 fl. baares Geld entwendet. Das Geld bestand größtentheils in preußischen Sechtelsthalern. An der Truhe, in welcher dasselbe aufbewahrt lag, war die Leiste des Deckels heruntergerissen und dieser selbst erbrochen. Von der Kammer führt eine Fallthüre in den Keller, wo der Bestohlene bei Entdeckung des Diebstahls ein fremdes Stöckchen von Bastholz vorfand, welches ihn auf die Vermuthung brachte, daß der Dieb auch im Keller gewesen seyn müsse. Der Kammerladen, welcher nach dem Hausgarten geht, war gewaltsam aufgerissen und offen gestanden, woraus Damnificat schloß, daß der Dieb da hereingestiegen sei, um so mehr, als er die Hausthüre noch verschlossen antraf. Dafür sprachen auch die unter dem Laden an der Wand ersichtlichen Abstreifungen, welche wahrscheinlich durch das Einsteigen entstanden sind. Uebrigens betrug die Höhe vom Gartengrund bis zur Ladenöffnung nicht mehr als 4½ Schuhe. Da sowohl das äußere Kellerthor als die Hausthüre verschlossen war, so glaubte Damnificat um so gewisser annehmen zu können, daß der Dieb auch wieder durch die Ladenöffnung herausgestiegen, als Friedrich Vierigs Ehefrau während seiner Abwesenheit einen fremden Purschen über die Aecker hinter seiner Wohnung laufen gesehen, der sich dann an dem Dorfwege niedergesetzt und Sachen eingepackt haben soll.

Der Verdacht der Entwendung fiel auf den ledigen Korbmacher Franz Ekstein von Eubigheim, welcher sich an obengenanntem Nachmittage in Dainbach befunden hatte. Er stellte jedoch in der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung den Diebstahl durchaus in Abrede, und die angestellte Hausvisitation hatte keinen Erfolg. Dagegen ergaben sich folgende Inzichten:

1) Inkulpat vermochte den Zweck seiner Anwesenheit in Dainbach nicht nachzuweisen und läugnete sogar, um die Zeit, in welcher der Diebstahl verübt worden seyn mußte, im Dorfe gewesen zu seyn. Es ist jedoch durch eine Menge von Zeugen erwiesen, daß er von Morgens 8 Uhr bis Mittags 12 Uhr in Bobstadt gewesen und um ein Uhr Nachmittags in den grünen Baum zu Dainbach gekommen, wo er einige Schoppen Wein getrunken, sich längere Zeit verweilt und für den Sohn des Adlerwirths Wechsler von Iggersheim ausgegeben hat.

2) Ein Zeuge, nämlich Martin Uiffinger von Dainbach, sah den Inkulpaten auf einem ganz ungewöhnlichen Wege in das Ort kommen und sich neben den Gärten in der Nähe des A. Wirschingschen Hauses niedersetzen, wo derselbe die Schuhe auszog und etwas an den Strümpfen machte. Inkulpat sagte dem Zeugen auf Befragen, er sei von Rosenberg. Neben ihm lag ein Stöckchen auf dem Boden,

ähnlich demjenigen, welches Damnifikat in seinem Keller gefunden hatte. Ein solches Stöckchen brachte Inkulpat nach der Aussage von vier Zeugen mit in den grünen Baum. Dessen ungeachtet läugnete er den Besitz des Stöckchens und die ganze Deposition des M. Uffinger.

3) Elisabeth Bierig sah von ihrer Wohnung aus hinter dem Dorfe einen fremden Puerschen herlaufen, dessen Beschrieb auf den Inkulpaten paßt. Derselbe legte ein Päckchen auf den Boden, bedeckte solches mit seinem Wamms, nahm es auf den Rücken und ging damit das Dorf hinein. In Bobstadt, von wo Inkulpat nach Dainbach gekommen war, hatte Niemand ein Päckchen bei ihm bemerkt. Eben so wenig erblickte M. Uiffinger ein solches bei dem Inkulpaten. In dem grünen Baume erschien er ebenfalls ohne Päckchen, trug aber seinen grünen Wamms auf dem Leibe. Beiläufig um 5 Uhr Abends sah Bürgermeister Schlük den Inkulpaten, welcher in einem rothen Sacktuch etwas Eingepacktes an einem Stock auf dem Rücken trug und den Wamms darüber liegen hatte, schnell an dem Schulhause vorbeigehen. Elisabetha Walter, welche vom Felde nach Dainbach hereinging, begegnete dem Inkulpaten auf dem Wege gegen Schweigern zu und sagte ihm auf Befragen, wie weit es noch dahin sei. Barbara Metzler sah denselben etwa um 5 Uhr von der Straße, die nach Mergentheim zieht, herkommen und nach Schweigern zulaufen. Beide Weibspersonen stimmen darin überein, daß Inkulpat ein Päckchen auf der Achsel getragen, worüber ein grüner Wamms hing.

Der Angeschuldigte, welcher den Besitz des Päckchens nicht läugnen konnte, gab vor, es sei ein zweiter Wamms darin eingepackt gewesen, damit er von dem Weidenbündel, welchen er getragen, nicht grün gefärbt werde. Allein man hatte weder in Bobstadt noch in Deinbach einen zweiten Wamms und einen Weidenbündel, welcher seiner Angabe nach ein großer Arm voll gewesen seyn soll, bei ihm gesehen. Unter seinen gerichtlich erhobenen Kleidern befand sich nur noch ein hellblauer, zerfetzter Wamms, der keine so zarte Sorgfalt verdiente. Obgleich Inquisit behauptet hatte, daß die Weiden, die er an jenem Morgen geschnitten habe, noch grün in seiner Wohnung stehen müßten, so fanden sich dennoch bei der am 10. August gepflogenen Nachsuchung nur etliche büschelweise getrocknete Weiden daselbst vor.

4) Zwischen 6 und 7 Abends kam Inkulpat in der Wohnung der Katharina Geheig zu Epplingen an. Dort zog er ein Stück gedörrtes Schweinenfleisch aus dem Sacktuch hervor und verzehrte solches mit der Geheig und Margaretha Heindel. Anfänglich läugnete Inkulpat diese Thatsache, gestand sie aber späterhin doch zu und schützte die bekannte Alltagslüge vor, er habe das Schweinenfleisch einige Tage vorher von einem ihm unbekannten Metzger zu Adelsheim gekauft. Zu diesem Braten ließ er drei Flaschen Wein holen, welche nach Aussage des Wirths mit preußischen Sechtelsthalern bezahlt wurden, während Inkulpat nichts als Groschen und Sechser hingegeben haben will.

5) Besonders verdächtig hatte sich Inkulpat noch dadurch gemacht, daß er die Zeit, wann er nach Dainbach gekommen und von da wieder weggegangen, unrichtig angab, daß er sich in dieser Beziehung öfters widersprach und namentlich nicht zugestehen wollte, daß er von 2 bis 4 Uhr Nachmittags in Dainbach gewesen, obgleich er dessen vollständig überwiesen ist. Dazu kommt noch

6) daß Inkulpat schon sechsmal wegen Diebstahls klagfrei erklärt, auch schon einmal wegen dieses Vergehens und ein andermal wegen Feldfrevels bestraft wurde. Man konnte ihm also die vorwürfige Entwendung um so eher zutrauen, als er ein Vermögen von 300 fl. besitzt, welches er lediglich mit Korbmachen erworben haben will! Durch hofgerichtliches Urtheil wurde er jedoch für klagfrei erklärt.

Der Staatsanwalt ergriff dagegen den Rekurs und trug für den Fall, daß Inquisit nicht schon nach dermaliger Aktenlage für überwiesen angesehen werden sollte, unter Anderem noch darauf an, die Zeugen Uiffinger und Bierig hinsichtlich der Zeit ihrer Wahrnehmung näher einvernehmen, den Inkulpaten der Bierig zur Anerkennung vorstellen und letztere insbesondere noch darüber abhören zu lassen, ob der von ihr beobachtete Pursche etwa von dem Wirsching-schen Garten weggelaufen oder überhaupt in der Nähe desselben gewesen sei? Es schien dies um so wichtiger, als alle Umstände darauf hindeuten, daß Uiffinger den Inkulpaten vor und die Bierig denselben nach der That beobachtet habe. Durch die genauere Konstatirung obiger Punkte hätte daher möglicherweise die Identität der Person des Inkulpaten und der nähere Zusammenhang seiner Anwesenheit an dem Orte der Entwendung mit dem Besitze des Fleisches und preußischen Geldes ermittelt werden können. Der höchste Gerichtshof fand sich jedoch nicht bewogen, hierauf einzugehen, indem das hofgerichtliche Urtheil in der Plenarsitzung vom 27. November 1837 ohne weiters bestätigt wurde.

Die beiden Hauptvotanten, unterstützt durch eine dritte Stimme, hatten auf Verurtheilung des Beschuldigten angetragen. Vier andere Stimmführer votirten wegen Mangels an direktem Beweise, ohne welchen ihrer Meinung nach das Schuldig nicht ausgesprochen werden kann, für Klagfreierklärung, beziehungsweise für Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils, erachteten aber eventuell den vorliegenden Inzichtenbeweis für hinlänglich geführt!

Umgekehrt stimmten zwei weitere Votanten gleichfalls für Klagfreierklärung, weil sie den Angeschuldigten durch die aufgezählten Inzichten nicht für überwiesen erachteten, obgleich sie sonst sich zu der Theorie bekennen, nach welcher auf bloßen Inzichtenbeweis hin eine Verurtheilung erfolgen kann, wenn nämlich — was hier nicht der Fall — eine Konkurrenz von nahen und entfernten Inzichten und ein solches Ineinandergreifen derselben vorhanden sei, daß man sich die Möglichkeit der Begehung des Verbrechens durch einen Anderen als den Inquisiten gar nicht denken könne 2c. 2c.

Entscheidungsgründe

In Erwägung

1) daß zwar der objektive Thatbestand des hier in Frage stehenden Diebstahls, nämlich der Entwendung von 18 fl. baaren Geldes und von 3 Stücken Schweinenfleisch, durch die eidliche Versicherung des Dammifikaten Andreas Wirsching von Dainbach, in Verbindung mit den durch den gerichtlichen Augenschein erhobenen Merkmalen von angewandter Gewalt, welche sich in dem Haus des Bestohlenen an dem gegen den Garten gerichteten Fensterladen und an dem in einer Nebenkammer befindlichen Troge, woraus das Geld entwendet worden seyn solle, vorfanden, zur Genüge als konstatirt erscheint.

In Erwägung

2) daß jedoch in Rücksicht auf die Art und Weise der Verübung der That bloß ein gemeiner und keineswegs ein gefährlicher Diebstahl im Sinne des Artikels 74 des Strafedikts hier unterstellt werden kann, indem einestheils die Ladenöffnung, durch welche der Dieb muthmaßlich eingestiegen ist, blos eine Höhe von 4½ Schuhen hat und folglich als so nieder zu betrachten ist, daß der Dieb im Betretungsfalle ohne besondere Schwierigkeit hätte enteilen können, anderntheils aber durchaus nicht erwiesen ist, daß derselbe zur Erbrechung des Ladens oder des Troges irgend eines Instruments, namentlich aber eines solchen sich bedient habe, womit er im Nothfalle sich zur Gegenwehr hätte setzen mögen, wornach also das den gesetzlichen Gewaltgrad eines gefährlichen Diebstahls nicht erreichende Einsteigen und Einbrechen, zufolge des §. 70 der Erläuterungen zum Strafedikt, bloß als Erschwerungsgrund in Betracht kommen könnte.

In Erwägung

3) daß nun aber, was den subjektiven Thatbestand betrifft, es an einem direkten Beweise gänzlich fehlt, vielmehr aller Beweis darüber, daß Inkulpat der Urheber der That sei, auf bloßen Inzichten und zwar im Wesentlichen darauf beruht;

a) daß Inkulpat zur Zeit, wo der Diebstahl muthmaßlich verübt wurde, unter verdächtigen Umständen in dem Dorfe Dainbach und selbst in der Nähe des Hauses des Damnifikaten gesehen wurde;

b) daß derselbe sich überhaupt über den Zweck seines Aufenthalts daselbst auf eine glaubhafte Weise nicht auszuweisen vermochte, vielmehr sein dießfallsiges Vorgeben in mancher Beziehung mit andern erwiesenen Thatsachen in offenbarem Widerspruche steht;

c) daß Inkulpat, als er beiläufig Abends 5 Uhr, folglich kurz nachher, als der Diebstahl verübt wurde, den Ort Dainbach verließ, mit einem Päckchen beladen war, während bei seiner Ankunft daselbst ein solches Päckchen bei ihm nicht wahrgenommen wurde;

d) daß unmittelbar nach Entdeckung des Diebstahls in dem Keller des Damnifikaten ein Weidenstöckchen gefunden wurde, wogegen mehrere Personen, welche den Inkulpaten zur gedachten Zeit gesehen haben, behaupten, daß dieser ein ähnliches Stöckchen bei sich getragen habe;

e) daß Inquisit kurze Zeit nach der That in Gesellschaft der Katharina Gehrig und der Margaretha Heindel zu Epplingen ein Stück Speck verzehrte und aus dem dortigen Adlerwirthshaus Wein holen ließ, welchen er mit einem preußischen Sechtelsthaler bezahlte, auf der andern Seite aber sich aus den Aussagen des Damnifikaten ergibt, daß demselben 3 Stück Speck entwendet wurden, und daß unter dem gleichzeitig entwendeten Gelde namentlich mehrere preußische Sechtelsthaler sich befunden haben. Endlich

f) daß Inquisit unstreitig ein Subjekt ist, zu dem man sich der fraglichen That wohl versehen kann.

In Erwägung

4) daß es sich jedoch, nachdem insbesondere hinsichtlich der sub d. und e. erwähnten, aus dem Besitze des Weidenstöckchens, des Specks und des preußischen Sechtelsthalers abgeleiteten Verdachtsgründe es an dem erforderlichen Beweise der Identität mangelt, im Ganzen nur um entfernte Anzeigen handelt.

In Erwägung

5) daß daher — abgesehen von der Frage: ob überhaupt auf Indicien allein eine Verurtheilung erfolgen könne oder nicht? — die in concreto vorliegenden Inzichten nicht von solcher Beschaffenheit sind, um daraus mit Sicherheit auf die Schuldhaftigkeit des Inkulpaten schließen zu können und folglich zur rechtlichen Ueberweisung desselben nicht ausreichen.

Aus diesen Gründen erscheint die Beschwerde des Großherzoglichen Staatsanwalts als grundlos, und es mußte das hofgerichtliche Erkenntniß auf Klagfreierklärung lediglich bestätigt werden.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 23. Karlsruhe den 9. Juni 1838.

I.

Zur Lehre vom Indicienbeweis.

Ascher Bloch von Eichtersheim.

Am 12. Mai 1837 wurde dem Peter Landes, Lehrjungen bei Schuster Waibel zu Eichtersheim, eine silberne Taschenuhr im Werthe von 6 Gulden aus der in seiner Schlafkammer befindlichen Kleiderkiste entwendet.

Man schöpfte alsbald Verdacht auf *Ascher Bloch*, welcher um die muthmaßliche Zeit der Entwendung im Waibelschen Hause anwesend war.

Auf gepflogene Untersuchung erkannte jedoch das großherzogliche Hofgericht den durchaus läugnenden Inquisiten, wegen Mangels an zureichenden Inzichten, durch Urtheil vom 23. Juni 1837 des angeschuldigten Diebstahls für klagfrei, wogegen der Staatsanwalt recurrirte. In der Recursausführung sind gegen den Beschuldigten folgende Indicien aufgezählt:

I. *Sein diebischer Hang.* Der Inquisit, obgleich erst 18 Jahre alt, wurde bereits durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 26. November 1835 mehrerer Entwendungen für klagfrei, dagegen *sechs* anderer und somit eines fortgesetzten ersten kleinen unter vielen erschwerenden Umständen verübten Diebstahls für schuldig erklärt und mit 6 Wochen Gefängniß bestraft. — Ein Urtheil des Stadtamts Karlsruhe vom 8. Februar 1836 erklärt ihn der Entwendung von zwei Kronenthalern zwar für klagfrei, dagegen der Entwendung eines Beutels mit Geld im Betrag von 1 fl. 30 kr. für überwiesen und somit des zweiten kleinen Diebstahls für schuldig. — Endlich ward Inkulpat durch hofgerichtliches Urtheil vom 3. März 1837 eines Gelddiebstahls im Betrag von 1 fl. 21 kr. für klagfrei erklärt. Er ist daher ein Mensch, zu dem man sich der jetzt in Frage stehenden Entwendung wohl versehen kann.

II. *Die Anwesenheit des Inkulpaten in dem Waibelschen Hause zur Zeit der Entwendung unter sehr verdächtigen Umständen.* Der Inquisit, welcher sehr häufig in dieses Haus kommt und also die Gelegenheiten desselben genau kennt, ist geständig, am 12. Mai zwischen 1 und 2 Uhr daselbst gewesen zu seyn. In der Stube befand sich Meister Waibel mit den beiden Lehrjungen Landes und Klausing. Nachdem sich Waibel entfernt und Inkulpat von Klausing vernommen hatte, daß auch die Weibsleute ausgegangen und also die beiden Jungen *allein* zu Hause seien, verließ er die Stube unter dem Vorwande, seine Nothdurft verrichten zu müssen. Gleich darauf hörte Landes die Thüre der Stube gehen, aus welcher man in die Kammer gelangt, wo sich seine Kleiderkiste befindet. Da außer den beiden Jungen, welche in der Stube arbeiteten, nur noch Inkulpat im Hause war, so muß er es gewesen seyn, welcher in die Kammer gegangen ist. Bald nach der Entfernung desselben ging Landes, wie von einer geheimen Ahnung getrieben, in jene Kammer, um einen Sechser, welchen er geschenkt erhalten, in die Kiste zu legen. Hier gewahrte er nun, daß die Kleider durchwühlt und zerstreut waren. Was da vorgefallen, wurde bald klar. Die Uhr, welche in der Kiste aufbewahrt gewesen, konnte alles Nachsuchens ungeachtet von den beiden Jungen nicht vorgefunden werden. Kaum waren sie in die Stube zurückgekehrt, so kam Inkulpat schon wieder die Stiege herauf und fragte den seinen Verlust beweinenden Damnifikaten, was ihm fehle? worauf Klausing erwiederte, daß dem Landes die Uhr gestohlen worden sei. Hierauf äußerte Inkulpat: Landes sei reicher, als er geglaubt habe, er habe gar nicht gewußt, daß derselbe eine Uhr besitze. —

Inkulpat entfernte sich sodann wieder, erschien aber bald darauf mit dem Meister, welcher von einem Leichenbegängniß zurückgekehrt war, beiläufig um zwei Uhr, abermals in der Stube und entlehnte von Klausing, nachdem sich Waibel und Landes ins Holz begeben hatten, *einen Stiefel*, womit er sich unter der Aeußerung entfernte: die Uhr werde wohl er wieder gestohlen haben müssen. — So verhält sich die Sache nach den sich wechselseitig unterstützenden beschwornen Aussagen der genannten drei Zeugen. Bei dem Bürgermeister zu Eichtersheim hatte Landes am 12. Mai auch noch angegeben, er habe gehört, daß In-

kulpat — nachdem nämlich die Kammerthüre bereits geöffnet worden war — mit einigen Sätzen die Stiege hinab gehüpft sei. Obgleich nun Landes diese Angabe vor Amt nicht wiederholt hat, so muß sie doch wahr seyn, weil Inkulpat ja gleich wieder die Treppe herauf gekommen ist. Ohne Zweifel hatte er die Uhr in der Geschwindigkeit bei Seite geschafft und sich gleich wieder eingefunden, theils um glauben zu machen, daß er im Hof seine Nothdurft verrichtet, theils um zu hören, ob der Diebstahl bereits entdeckt ist oder nicht. Gewiß rechtfertigt sich aus diesem höchst auffallenden Verhalten des Inkulpaten im Waibelschen Hause der Schluß, daß er die fragliche Uhr entwendet habe.

III. Der Besitz des Entwendeten. Am nämlichen Tage zwischen 4 und 5 Uhr Abends erschien ein junger Mensch, welcher sehr erhitzt war, bei Uhrenmacher Pellissier zu Sinsheim und verkaufte demselben in Gegenwart seiner Ehefrau eine silberne Taschenuhr um 3 Gulden. Eben diese Uhr, welche sich in gerichtlichem Verwahr befindet, ist von dem Damnifikaten als sein entwendetes Eigenthum anerkannt und deren Werth von Sachverständigen zu 6 Gulden geschätzt.

Pellissier erklärte den ihm vorgestellten Inkulpaten mit Bestimmtheit für den nämlichen Purschen, welcher ihm die zu Gerichtshanden übergebene Uhr am 12. Mai verkauft hat. Letzterer gesteht nun zwar, damals in Sinsheim gewesen zu seyn, läugnet aber, eine Uhr besessen und solche an Pellissier, welchen er gar nicht kennen will, verkauft zu haben. — Weil nun die Frau Pellissier den ihr vorgeführten Inquisiten nicht mit derselben Bestimmtheit wie ihr Mann wieder erkannte, so glaubte der urtheilende Senat den Besitz des Entwendeten gegen den Angeschuldigten nicht als hinreichend erwiesen annehmen zu dürfen. Die Identität der Person kann indessen nicht wohl bezweifelt werden, wenn man die eidlichen Aussagen der Pellissierschen Eheleute mit einander vergleicht; denn beide harmoniren darin:

1) daß der fremde Pursche einen schwarzen Frack trug und vorgab, er diene bei des Engelwirths Tochtermann zu Dühren;

2) daß er vor allem gefragt, was die Uhr, deren Zifferblatt schadhaft und ohne Zeiger war, zu repariren koste und, als ihm Pellissier von 2 fl. gesprochen, geäußert hat, dieß sei ihm zu viel; endlich

3) daß Pellissier die Uhr um 3 fl. kaufte. Bringt man damit noch die weitere Aussage der Frau Pellissier in Verbindung, daß jener Pursche von gleicher Größe und ungefähr von demselben Alter, wie der ihr vorgestellte Inkulpat gewesen, und daß also letzterer wahrscheinlich derjenige sei, welcher mit ihrem Manne auf die angegebene Art geredet habe, so wird man mit guten Gründen annehmen können, daß beide Zeugen von der nämlichen Person sprechen.

Daraus folgt aber, daß Inkulpat es war, welcher die Uhr im Besitz hatte. Nun steht der Besitz mit der Entwendung im innigsten Zusammenhang. Der Inquisit, von der Entdeckung des Diebstahls durch Nachfrage unterrichtet, stellte sich erst, als ob er gar nicht gewußt hätte, daß Landes eine Uhr habe. Da er selbst die Vermuthung äußerte, daß man ihn, weil er als ein bekannter Dieb gerade im Waibelschen Hause war, für den Thäter halten werde, so mußte er darauf bedacht seyn, den verdächtigen Gegenstand unverzüglich wegzubringen, um sich nicht im Besitz desselben ertappen zu lassen. Er versah sich daher schnell mit der nöthigen Fußbekleidung — weil einer seiner Stiefel zerrissen war — und eilte nach Sinsheim, wo er hoffen konnte, die Uhr zu verkaufen, ohne entdeckt zu werden.

Daß er, wie Pellissier aussagte, sehr erhitzt war, beweist hinlänglich, mit welcher Eile er den Weg zurückgelegt haben muß. Anfänglich scheint er nicht entschlossen gewesen zu seyn, welchen Weg er einschlagen soll, um am schnellsten sein Ziel zu erreichen; denn zuerst ging er, nach seinem eigenen Geständniß, auf der Chaussee gegen Eschelbach, dann verließ er dieselbe und schlug sich durch die Weinberge hinauf — also auf einem ungewöhnlichen Wege, wo er indessen von einer unbekannten Weibsperson gesehen worden — Sinsheim zu. Ueber seine Erhitzung darf man sich daher nicht wundern. Sein Vorgeben, daß er für einen Fremden als Bote nach Sinsheim gegangen sei, um zwei Briefe auf die Post zu tragen, ist durchaus unwahrscheinlich. Denn wer wird einem unbekannten Purschen wohl Briefe anvertrauen und ihm für einen so kurzen Weg noch obendrein 48 kr. geben? — Man darf diesem Vorwand um so weniger glauben, als Inquisit, wie durch zwei Zeugen vollständig erwiesen ist, dem Uhrenmacher Pellissier fälschlicherweise vorgespiegelt hat, er komme von Dühren u. s. w., was offenbar in der Absicht geschehen ist, um die Spur von sich abzulenken. —

Nun ist bemerkt worden, daß diese Inzichten die Schuld des Inkulpaten in so hohem Grade wahrscheinlich machten, daß zwar das Gegentheil kaum denkbar, aber doch immer möglich sei. Allein bei der übereinstimmenden Aussage von zwei beeidigten Zeugen und bei dem unumwundenen Geständniß eines Beschuldigten ist dies auch der Fall. Das Gegentheil dessen, was durch Indicien dargethan ist, soll nur nicht wahrscheinlich seyn. Damit begnügen sich die Gesetze, gleich viel, ob von einer Freiheits- oder Todesstrafe die Rede ist. Man kann auch in concreto von der Möglichkeit, daß eine andere Person die Uhr entwendet und sie sogleich nachher dem Inkulpaten gegeben habe, darum nicht ausgehen, weil ja letzterer den Besitz und Verkauf der Uhr durchaus läugnet,

wozu doch kein vernünftiger Grund vorhanden wäre, wenn er sie auf erlaubte Weise erworben hätte.

Die bisher aufgezählten Indicien, welche den Inquisiten als Thäter bezeichnen, greifen nun dergestalt in einander, daß für die unterstellte Möglichkeit des Gegentheils überall nicht die entfernteste Wahrscheinlichkeit spricht.

Es wird sich also nur noch fragen, ob unser Particularrecht eine Verurtheilung in die ordentliche Strafe auf künstlichen Beweis zuläßt? Hierüber kann nach den §§. 13, 14 und 18 des Strafedikts kein Zweifel seyn. Der letztere §. sagt namentlich: daß die Klagfreierklärung den Beschuldigten nur bis auf etwaige neuere zureichende Inzichten von der Untersuchung befreie. Damit ist deutlich genug ausgesprochen, daß, wenn schon in der ersten Untersuchung ein zureichender Indicienbeweis geliefert ist, die Verurtheilung zur ordentlichen Strafe ohne weiteres erfolgen soll. — Diese besteht, da Inquisit bereits zweimal wegen Diebstahls verurtheilt und bestraft worden ist, nach §. 77 des Edikts in zwei Jahren Zuchthaus ꝛc. ꝛc. Am 3. Januar l. J. — also nachdem die höchste Verordnung vom 7. Dez. 1837, Regierungsblatt Nr. 48, bereits in Kraft getreten war — kam diese Sache bei großherzoglichem Oberhofgerichte zur Entscheidung. Von dem I. Senate desselben wurde das hofgerichtliche Urtheil mit Stimmeneinhelligkeit lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe.

I. Der objektive Thatbestand eines Diebstahls ist durch die eidliche Aussage des Bestohlenen und durch das Wiederauffinden der entwendeten Uhr, welche der Damnifikat als die seinige anerkannte, „was für die Gewißheit der bloßen Thatsache der Entwendung, ohne Beziehung auf eine angeschuldigte Person, hinreicht," genugsam hergestellt. Dagegen kann

II. der subjektive Thatbestand aus folgenden Gründen als vollständig erwiesen nicht angenommen werden. Es ist nämlich der diebische Hang des Inquisiten oder der Umstand, daß er eine Person sei, zu welcher man der That sich versehen kann, nicht sowohl als eine selbstständige Inzicht eines bestimmten Verbrechens, als vielmehr bloß als ein Grund anzusehen, welcher die übrigen Inzichten verstärkt. Grolmann, Grundsätze der Civilrechtswissenschaft 1798, §. 694.

Es kömmt somit vor Allem darauf an, welche verdächtigende Thatsachen, deren Gehalt durch den übeln Ruf des Inkulpaten verstärkt werden soll, hier vorliegen. Solche Thatsachen sind

1) die Anwesenheit des Beschuldigten am Orte und zur Zeit, wo der Diebstahl verübt wurde. Diese Anwesenheit soll auf eine verdächtige Art Statt gefunden haben, und das Verdächtigende soll darin bestanden seyn, daß, nachdem der Inkulpat die Arbeitsstube der Schusterjungen verlassen hatte, der Damnifikat die Thüre einer andern Stube, durch welche man in seine Kammer gelangt, öffnen und den Beschuldigten mit einigen Sätzen die Treppe hinabhüpfen hörte. Es will aber der bestohlene Landes das Hinabhüpfen über die Treppe nur gehört — nicht den Beschuldigten gesehen haben; auch hat er solches nur vor dem Bürgermeister vorgegeben und später, nachdem er beeidigt war, dessen nicht mehr erwähnt. Auch das Oeffnen der Thüre hat er nur gehört, und man könnte darauf, daß gerade der Beschuldigte es war, der die Thüre öffnete, nur daraus schließen, daß dieser kurz zuvor die Arbeitsstube der Lehrjungen verlassen hatte. Ob aber nicht dennoch von dem Momente des Fortgehens des Beschuldigten bis zu dem Moment, wo der Bestohlene die Thüre öffnen hörte, nicht ein Dritter zu jener Thüre gelangen konnte — dieses ist nicht erhoben, und eben dieses ist es, was den gedachten Schluß sehr unsicher macht.

Außerdem müßte vor Allem die Frage erörtert seyn: Ob auch zur Zeit, als der Inkulpat bei den Lehrjungen sich befand, die Uhr noch vorhanden — ob sie nicht vor dessen Ankunft in dem unverschlossenen Hause, aus dem unverschlossenen Zimmer und aus der unverschlossenen Kiste bereits entwendet war. Hierüber ist durchaus nichts erhoben. Man weiß nicht, wann der Bestohlene seine Uhr zum letzten Mal gesehen hat und kann somit nicht annehmen, daß der Beschuldigte gerade zur Zeit des verübten Diebstahls sich an dem Orte, wo solcher verübt wurde, befunden habe.

Nach allem diesem ist die erste Inzicht, die ohnedies nur eine gemeine entfernte ist, sehr schwach begründet. Sie verliert aber an ihrem Gehalt noch dadurch, daß der Inkulpat gleich nach seiner Entfernung und nachdem der Damnifikat seine Uhr schon vermißte, in dem Zimmer der Schusterjungen sich wieder einfand und sogar wiederholt mit dem Meister dahin kam, auch daselbst so lange, bis der Damnifikat mit letzterem in das Holz ging, sich verweilte. Wie wenig die beiden Schusterjungen selbst den Inkulpaten für verdächtig hielten, geht schon daraus hervor, daß sie diesen nicht über die Entwendung zur Rede stellten. Es ist außerdem unerklärbar, warum der Bestohlene, der doch wußte, daß Niemand zu Hause und seine Kiste unverschlossen war, als er vernahm, daß Jemand seine Thüre öffnete, ruhig sitzen geblieben und nicht auf der Stelle nach seinem Zimmer sollte gelaufen seyn.

Zwar wollte man der in Frage liegenden Anzeige damit Gewicht geben, daß der Beschuldigte öfters in das Haus kam und die Gelegenheiten des Hauses genau gekannt habe. Allein die bloße Kenntniß von Gelegenheiten zur Verübung von Verbrechen kann eine Anzeige nicht verstärken, so lange sie nicht eine solche ist, die dem Angeschuldigten allein oder vorzüglich beiwohnte oder nur wenigen sonst unbescholtenen Personen eigen war, was hier von dem Hause des Schusters

Waibel keineswegs nachgewiesen ist. Es ist nirgends behauptet, daß der Inkulpat jemals in das Zimmer des Bestohlenen gekommen ist, — daß er nur wußte, wo und wie dieser seine Effekten aufbewahrte, — ob solcher eine Uhr hatte, und wo eins oder das andere zu finden war. Bloß daraus, daß er in das Haus kam, kann eine besondere Kenntniß einer Gelegenheit zum Diebstahl nicht geschlossen werden. Eben so wenig kann daraus, „daß der Inkulpat auf sein Befragen von dem Schusterjungen Klausing erfahren hatte, daß außer den beiden Jungen Niemand zu Hause sei," etwas Verdächtiges gefolgert werden. Inquisit ist hierüber nicht vernommen worden. Auch kann die Frage: „Ob die Weibsleute zu Hause seien," so vielerlei Motive gehabt haben, daß nichts berechtigt, geradezu eine verbrecherische Absicht als die allein wahrscheinliche zu unterstellen.

Mit allem diesem ist zwar der Verdacht oder die hier befragte Inzicht nicht ganz beseitigt. Es genügt aber einstweilen, daß die Schwäche ihres Gehaltes und das Unzuverläßige derselben durch die ihr entgegenstehenden Momente nachgewiesen ist.

Wichtiger ist die weitere Anzeige, welche darin besteht,

2) daß der Inkulpat in dem Besitze der entwendeten Uhr soll gewesen seyn. Der Uhrenmacher Pellissier zu Sinsheim erkannte diesen als denjenigen, der ihm die von dem Bestohlenen als die seinige anerkannte Uhr verkauft habe. Die Aussage dieses Zeugen wird durch die Deposition seiner Ehefrau unterstützt, welche dahin geht, „daß der fremde Pursche von gleicher Größe und ungefähr von demselben Alter, wie der Beschuldigte gewesen" — somit letzterer wahrscheinlich der Verkäufer gewesen sei — ferner dadurch, daß derselbe eingesteht, bald nach der Entdeckung des Diebstahls auf einem ungewöhnlichen Wege nach Sinsheim gegangen zu seyn. Unglaubwürdig ist die Angabe des Beschuldigten, daß er aus Auftrag eines Unbekannten zwei Briefe auf die Post nach Sinsheim getragen habe und verdächtig ist es, daß er den ungewöhnlichen Weg aufwärts durch die Weinberge gegangen, wodurch es erklärbar wird, daß er erhitzt bei Pellissier angekommen ist. Indessen kann die unbestimmte Aussage der Pellissierschen Ehefrau dadurch, daß der Inkulpat an demselben Tage in Sinsheim war und auf ungewöhnlichem Wege dahin ging, jene Bestimmtheit nicht erhalten, die der kategorischen Aussage eines Zeugen und einem unbezweifelten Anerkenntnisse der Person gleich stände. Der Beweis des Besitzes des Entwendeten ist daher bei aller Wahrscheinlichkeit nicht stringent und nicht genugsam hergestellt.

Wollte man solchen aber auch als erwiesen anerkennen, so würde doch der ganze Beweis des subjektiven Thatbestands nur auf zwei Inzichten beruhen, deren die eine — nämlich der Besitz des Entwendeten, als eine nahe und dringende, einen halben Beweis bildete — die andere aber, nämlich die Anwesenheit an dem Orte des verübten Verbrechens unter verdächtigen Umständen als eine bloß entfernte gemeine „der noch überdieß mehrere erhebliche Momente entgegenstehen" den Beweis nicht ergänzen könnte.

Auf das angegebene Erröthen des Inkulpaten, als ihm die Entwendung von dem Bestohlenen eröffnet wurde und auf dessen spätere Aeußerung: „Man werde wohl ihn wieder für den Dieb halten," darf kein besonderes Gewicht gelegt werden, weil es hierbei auf den noch unbekannten Zusammenhang des geführten Gespräches — oft nur auf die Betonung eines Wortes ankömmt, das zu jenen Aeußerungen Veranlassung gab, und weil solche Aeußerungen bei einem Menschen, der bereits wegen Diebstählen bestraft wurde, so oft von einem solchen Verbrechen die Rede ist, schon an sich sehr natürlich und konsequenzlos ist.

Aus diesen Gründen mußte wie geschehen erkannt werden.

Bayer.

II.

Curiosum.

In einer bürgerlichen Rechtssache, in der es sich um eine höhere Summe als von 75 fl. handelte, wollte der Kläger den Beweis mittelst Zeugen führen, weil er die über das Rechtsgeschäft errichtete Urkunde verloren habe.

Die Beweisantretung hat sich jedoch auf den letztern Umstand nicht zugleich miterstreckt, weßhalb der Beklagte die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises unter Bezug auf den S. 1341 in Widerspruch zog.

Durch Zwischenbescheid machte sofort das Amt dem Beklagten die Auflage, „darzuthun, daß hier kein Zeugenbeweis Statt finde."

Um dieser Auflage zu entsprechen, übergab der Anwalt des Beklagten eine Beweisantretungsschrift, worin er sagte, er trete den ihm auferlegten Beweis darüber, daß in der vorliegenden, 75 fl. übersteigenden, Rechtssache keine Zeugen zuläßig seien,

1) durch Urkunden,
2) Sachverständige
3) und Eideszuschiebung an.

ad 1. Damit übergab der Beklagte eine legalisirte Abschrift des L. R. S. 1341 und erbot sich, in einer anzuordnenden Tagfahrt das Original vorzulegen.

Sollte dieß nicht genügen, so schlage er

ad 2. die Gesetzgebungskommission als Expertenkollegium vor und bitte, dieselbe mit ihrem Gutachten über den Satz zu vernehmen,

„daß in bürgerlichen Rechtssachen von mehr als 75 fl. (einzelne, besonders nachzuweisende Ausnahmsfälle abgerechnet — S. 1347 und 1348) nach L. R. S. 1341 kein Zeugenbeweis Statt finde."

Die Mitglieder der Gesetzgebungskommission müßten nämlich, wo es sich, wie hier, um die Beweisführung über Rechtsfragen handelt, ohne Zweifel als Sachverständige anerkannt werden.

Sollte es aber auch hieran noch nicht genügen, so schiebe er

ad 3. in omnem eventum dem Richter noch den Haupteid darüber zu, daß er schwöre,

„nicht zu wissen, daß der L. R. S. 1341 den Zeugenbeweis über Rechtsgeschäfte, welche den Werth von 75 fl. übersteigen, als unzuläßig erkläre."

Der Erfolg dieser Beweisantretung ist mir noch nicht bekannt geworden. Namentlich weiß ich nicht, ob der Richter „sein Nichtwissen" wirklich beschworen habe.

D.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.   Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 24. Karlsruhe den 16. Juni 1838.

I.

Bemerkungen über die Verbindlichkeit zur Kostenerstattung bei Rechtsmitteln gegen richterliche Verfügungen, welche noch nicht über die Hauptsache entscheiden.

Bei keinem andern Anlaß kam wohl von jeher das formelle Recht mit dem materiellen in einen beklagenswerthern Conflict, als es bei der in jedem Rechtsstreite nöthig werdenden Entscheidung über den leidigen Kostenpunkt nicht selten heute noch geschieht. Die traurige Folge davon ist, daß die Rechtspflege im Staate mehr gefürchtet als geachtet wird, und daß selbst der rechtlichste Bürger bei der klaren Ueberzeugung, weder seinem Gegner ein gutes Recht zu verweigern, noch von ihm ein Unrecht zu verlangen, in dem Gerichtssaale gleichwohl mit keinem andern Gefühle verweilen kann, als womit wohl derjenige überrascht werden mag, welcher, unbesorgt und ungewarnt, in einen Bezirk einmal eingetreten, zuerst in Mitte desselben an der aufgehängten Tafel die Worte liest: — hüte dich einzugehen, hier liegen verborgene Fußangeln. In dem gemeinen deutschen Rechte war die in dem natürlichen oder Vernunftrechte so leicht zu findende Entscheidung über die Verbindlichkeit der Parteien, zur gegenseitigen Kostenerstattung nicht ohne Schwierigkeit, weshalb die Richter nur in wenigen Fällen es über sich gewinnen konnten, den in der Hauptsache unterlegenen Theil zur Tragung sämmtlicher Kosten zu condemniren; die Kostenvergleichung bildete die von vielen Rechtslehrern empfohlene Regel.

Die neuern Schriftsteller über das deutsche gemeine Prozeßrecht, wie Weber und Martin, bemühten sich, in dieser Beziehung consequentere Grundsätze zu den herrschenden zu machen, und unsere neue Prozeßordnung adoptirte die von Martin über die Erstattung der Prozeßkosten aufgestellten Rechtssätze mit solcher Treue, daß man den §. 37 des Martinschen Prozeßcompendiums als die historische Quelle der §§. 168 — 174 der Prozeßordnung betrachten kann.

In diesen §§. sind nun folgende gesetzliche Bestimmungen gegeben:

1) Die Schuldigkeit der einen Partei, der andern die Prozeßkosten zu erstatten, wird nach den Grundsätzen über die Pflicht zum Ersatze eines widerrechtlich zugefügten Schadens beurtheilt; doch ist

2) der Besiegte in der Regel schuldig, dem Sieger alle verursachten nothwendigen Kosten zu ersetzen.

3) Die Compensation oder verhältnißmäßige Theilung der Kosten soll nur in einigen von dem Gesetze speziell angeführten Ausnahmsfällen eintreten.

4) Während des Prozesses bestreitet vorläufig jede Partei die durch ihre Handlungen veranlaßten Kosten.

5) Das Erkenntniß, welches die Hauptsache entscheidet, erkennt zugleich über den Kostenpunkt, welcher deshalb in den Zwischenbescheiden und fürsorglichen Verfügungen vorbehalten wird.

6) Ueber die Kosten einzelner Prozeßhandlungen oder Prozeßabschnitte wird jedoch schon früher erkannt, wenn das Erkenntniß (über die Kosten), wir namentlich das Erkenntniß über Versäumnißkosten von dem Ausgange der Hauptsache nicht abhängt.

Daß in den Instanzen der Rechtsmittel andere, von jenen abweichende Grundsätze herrschen sollen, ist gesetzlich nicht bestimmt.

Diese zum positiven Gesetze erhobenen Rechtssätze scheinen dem Richter keinen Zweifel über die Frage zu lassen, wie er in jedem einzelnen Rechtsstreite, und in jeder Lage desselben den Kostenpunkt zu ordnen habe; sie sind consequent, alle Fälle erschöpfend, und auch für das von der Prozeßordnung eingeführte Verfahren passend.

Der neuen Prozeßordnung ging indeß die kurbadensche Obergerichtsordnung voran, welche im §. 230 ohne alle Unterscheidung die allgemeine Regel aufgestellt hatte, daß in jeder Instanz der unterliegende Theil in alle Kosten dieser und der vorigen Instanz verurtheilt werden müßte,

so lange nur nicht dem Gegentheile überhaupt, oder für eine Instanz ꝛc. ein Verschulden zur Last fiel.

So allgemein in dieser Fassung das Gesetz sich auch aussprechen mag, so scheint es gleichwohl nur solche Erkenntnisse im Auge gehabt zu haben, wodurch in der einen oder andern Instanz über die Hauptsache selbst zu erkennen war, und zugleich ausgesprochen werden mußte, welche Partei in der Hauptsache die unterliegende sei (§. 231 d. O. G. Ordg).

Diese allgemeine Fassung war aber jedenfalls der von der Obergerichtsordnung vorgeschriebenen Verhandlungsart der Prozesse nicht unangemessen, indem gegen Zwischenbescheide oder blos prozeßleitende Verfügungen keine devolutiven Rechtsmittel gestattet waren, sondern die Beschwerden der Parteien über dergleichen richterliche Verfügungen nur mit den Beschwerden gegen die in der Hauptsache gegebenen Erkenntnisse verbunden werden konnten, und deshalb der Oberrichter nicht leicht in die Lage kam, ein Erkenntniß geben zu müssen, welches nicht auch über die Hauptsache entschied.

Bei dieser Verhandlungsweise, und bei dem Bestehen des §. 230 der Obergerichtsordnung, konnte es den Obergerichten (sit venia verbi) zur süßen Gewohnheit werden, in allen Fällen, wo sie ein unterrichterliches Erkenntniß, so weit dagegen Beschwerde geführt ward, abzuändern sich veranlaßt sahen, diejenige Partei, zu deren Gunsten das abgeänderte Urtheil verfügt hätte, als die in der Hauptsache unterliegende zu betrachten, und ihr die Verbindlichkeit des Kostenersatzes für die eine oder andere Instanz ohne Bedenken aufzubürden. Diesen in der frühern Gesetzgebung begründeten Gerichtsgebrauch scheinen aber einige Obergerichte auch noch nach Einführung der neuen Prozeßordnung beibehalten zu wollen, obgleich letztere in mancher Beziehung, insbesondere über die Zuläßigkeit devolutiver Rechtsmittel, ganz andere Bestimmungen gibt, als die alte Prozeßordnung, und obgleich nunmehr der Oberrichter nicht selten aufgefordert wird, über die Legalität oder Zweckmäßigkeit einer unterrichterlichen Verfügung, welche über die Hauptsache selbst durchaus nichts entscheidet, ein Erkenntniß zu geben.

Neben dem §. 391 der Prozeßordnung hat diese neue Gesetzgebung aus dem französischen Code de procedure, z. B. das Institut der Wiedereinsetzung gegen Versäumnißerkenntnisse ohne Restitutionsgründe entlehnt, ein Institut, welches zur Einlegung devolutiver Rechtsmittel häufige Veranlassung gibt.

Bei solchen Rechtsmitteln hat dann der Oberrichter keineswegs über den rechtlichen Stand des Hauptstreites, sondern nur über die vorläufige Instruction desselben zu erkennen, und er kann oft nicht umhin, der Form wegen eine unterrichterliche Verfügung aufzuheben, oder ein anderes Verfahren für die untere Instanz anzuordnen, obgleich es ihm schon klar vor Augen liegt, daß, wenn das von ihm angeordnete Verfahren eingehalten, oder der Beschwerde der Partei abgeholfen werde, diese gleichwohl in der Hauptsache den Kürzern ziehen müsse. Folgende Beispiele mögen zur Erläuterung dienen:

1) Eine Partei wählt zur Führung des ihr aufgelegten Beweises den Zeugenbeweis.

Der Unterrichter verwirft in einem Vorbescheide dieses Beweismittel als im concreten Falle gesetzlich unzuläßig, der Oberrichter findet es nach Beschaffenheit der zu erweisenden Thatsache für zuläßig, und ändert deshalb die Verfügung des Unterrichters ab.

Bei der an diesen zurückgewiesenen Erhebung des Beweises kommt es aber an den Tag, daß der eine der vorgeschlagenen Zeugen von der Sache gar nichts weiß; der andere gerade das Gegentheil von dem aussagt, was von dem Produzenten behauptet wird, und daß die übrigen benannten Zeugen auf der Erde nicht einmal existiren.

In diesem Falle erscheint der Produzent, ungeachtet er in der obern Instanz ein Erkenntniß zu seinen Gunsten errungen hatte, dennoch als ein temere litigans, und es wird sich nicht behaupten lassen, daß der Produkt aus der Ursache, weil der Unterrichter den vorgeschlagenen Zeugenbeweis schon an sich für gesetzlich unzuläßig gefunden hatte, dem Produzenten einen widerrechtlichen Schaden zugefügt habe.

2) Eine Partei tritt einen schon auf den ersten Anblick als irrelevant sich darstellenden Zeugenbeweis an; er wird von dem Unterrichter nicht wegen seiner Unerheblichkeit, sondern auf den Grund des L.R.S. 1341 in einem Zwischenbescheide als gesetzlich unzuläßig verworfen; ihn muß aber der Oberrichter auf den Grund des L.R.S. 1348 für gesetzlich zuläßig erkennen, und den Rechtsstreit an den Unterrichter zum Erkenntniß über die Relevanz des Beweismittels remittiren, obgleich nach seiner Ueberzeugung der Zeugenbeweis, wie er angetreten ist, zu keinem entscheidenden Resultate führen kann, vielmehr ein frivoler Versuch ist, den Rechtsstreit in die Länge zu ziehen.

Hier wird nun wieder zu Gunsten des Appellanten und gegen den Appellaten in der obern Instanz entschieden; demungeachtet würde man dem letztern sehr unrecht thun, wenn man ihn schon als den in der Hauptsache unterliegenden Theil behandeln, und zur Erstattung der Kosten des von seinem Gegner durch die frivole Antretung eines

werthlosen Zeugenbeweises veranlaßten Rechtsmittels definitiv verurtheilen wollte *).

3) Der Beklagte läßt sich mit seinen Einreden gegen die Klage, oder mit dem ihm auferlegten Beweise ausschließen und ein Versäumnißerkenntniß gegen sich ergehen. Nach zehn Tagen bittet er um Restitution, bringt aber ganz ungegründete unhaltbare Einreden vor, oder produzirt zur Führung des ausgeschlossenen Beweises sowohl gesetzlich unzulässige als irrelevante Beweismittel.

Von dem Unterrichter wird aber nicht einmal der Bitte um Restitution Statt gegeben, weil sie ihm nach seiner Berechnung des Restitutionstermins als verspätet erscheint.

Der Oberrichter findet dagegen, daß der Unterrichter bei der Berechnung des Fatale sich geirrt habe; daß die Restitutionsbitte allerdings noch formell zulässig sei, er muß deshalb der Beschwerde des Appellanten abhelfen, obgleich die Beschaffenheit der Einreden oder Beweismittel, womit der Appellant restituiet werden will, ihm die Ueberzeugung gibt, daß der Querulant ein muthwilliger Prozeßführer ist.

Wollte in diesem Falle der Oberrichter den Appellaten in die Kosten der Appellation verfällen, so würde er nicht allein das materielle Recht, sondern selbst die ausdrücklichen Bestimmungen der Prozeßordnung um so mehr verletzen, da die Streitfrage über die Zulässigkeit der Restitution, folglich auch die eingelegte Appellation lediglich durch den Ungehorsam des Appellanten veranlaßt worden waren. Fälle dieser Art, aus Wahrheit und Dichtung genommen, kommen seit der Einführung der neuen Prozeßordnung häufig vor; gleichwohl fahren auch in solchen Fällen die oberrichterlichen in den Instanzen der Rechtsmittel erlassenen abändernden Erkenntnisse immer noch fort, mit der Appendix zu schließen: sei der Appellat in die Kosten der zweiten oder dritten Instanz zu verfällen.

Laut der Entscheidungsgründe geschieht dies in der Regel nach Ansicht des §. 169 der Prozeßordnung, und nur selten kann man die Beruhigung finden, daß auch die §§. 165, 173 und 174 der Prozeßordnung angesehen worden sind.

Da aber bei der Entscheidung über den Kostenpunkt vorzüglich darauf gesehen werden soll, welche Partei der andern einen widerrechtlichen Schaden bereits zugefügt hat; da demzufolge in der Regel nur diejenige Partei in die Kosten verfällt werden kann, welche in der Hauptsache die besiegte ist; da nur das Erkenntniß, welches die Hauptsache entscheidet, zugleich über den Kostenpunkt erkennen, dieser aber in Zwischenbescheiden und fürsorglichen Verfügungen ohne Unterschied der Instanzen, in welchen sie erlassen werden mögen, vorbehalten, und über einzelne Prozeßhandlungen oder Prozeßabschnitte hinsichtlich der Kosten nur dann vor der Entscheidung über die Hauptsache definitiv erkannt werden soll, wenn das Erkenntniß über die Kosten von dem Ausgange der Hauptsache nicht mehr abhängt, wenn also selbst der dereinstige Sieger in der Hauptsache überwiesen werden kann, daß er seinem Gegner durch eine Handlung einen widerrechtlichen Schaden zugefügt habe, so sollte ein rechtlicher Mann nicht mehr in die Gefahr kommen, bei dem besten Rechte wegen unverschuldeter Versehen des Richters, oder anderer im Laufe des einfachsten Rechtsstreits leicht auftauchen könnender Zwischenstreitigkeiten, seinem chicanösen Gegner sogar noch einen großen Theil der Kosten ersetzen zu müssen.

Eine devolutive Beschwerde gegen einen unterrichterlichen Zwischenbescheid, oder gegen eine fürsorgliche Verfügung, ist keineswegs ein Prozeßabschnitt in dem Sinne des §. 174 der Prozeßordnung, sondern sie ist und bleibt nichts anderes, als ein Inzidentstreit über den Gebrauch oder die Zulässigkeit eines Vertheidigungsmittels (Martins Prozeßcompendium §. 263), in welchem in der einen oder andern Instanz, hinsichtlich der einen oder andern Vorfrage die frivolste Partei obsiegen kann, ohne von ihrem Gegner und dem Unterrichter in der Hauptsache materiell benachtheiligt worden zu seyn.

Nur dann kann der §. 174 der Prozeßordnung bei solchen Rechtsmitteln zur Anwendung kommen, wenn sie von dem Oberrichter für unbegründet befunden werden, und als solche verworfen werden müssen.

In diesem Falle wird der Beschwerdeführer, werde er dereinst in der Hauptsache Sieger oder der Besiegte, mit Recht sofort in die durch sein verworfenes Rechtsmittel veranlaßten Kosten verfällt; allein nicht aus der Ursache, weil durch das Rechtsmittel ein Prozeßabschnitt sich gebildet hatte, sondern weil nach dem Ausdruck des Gesetzes das Erkenntniß über die Kosten des verworfenen Rechtsmittels von dem Ausgange der Hauptsache nicht mehr abhängen kann, indem der Querulant durch eine Prozeßhandlung oder überhaupt durch Erhebung eines Zwischenstreits, in welchem er definitiv unterlag, seinem Gegner offenbar unnöthige Kosten veranlaßt, oder einen widerrechtlichen Schaden zugefügt hat.

*) Das hier und unter Nr. 1 angeführte Beispiel wird jetzt, da der §. 391 aufgehoben ist, nicht mehr vorkommen können, außer wenn der Produzent nach dem neuen §. 391 eine Abhör des Zeugen zum ewigen Gedächtniß sucht, und einen aus der Verzögerung drohenden Nachtheil bescheinigt, da nur in diesem Falle vor dem Erkenntniß in der Hauptsache ein Rechtsmittel (und zwar das der Beschwerdeführung) noch zulässig ist.

In diesem und ähnlichen Fällen sind aber die in obigem Aufsatze vorgetragenen Gründe dafür, daß das Erkenntniß über den Kostenpunkt vom Oberrichter eben so, wie vom Unterrichter geschehen ist, bis zur Entscheidung der Hauptsache suspendirt werde, allerdings von Gewicht. D. R.

Nicht eben so verhält sich aber die Sache, wenn eine gegen einen Zwischenbescheid erhobene Beschwerde von dem Oberrichter für begründet befunden wird; denn durch die Zulassung einer solchen Beschwerde ist weder über den rechtlichen Stand der Hauptsache, noch über den rechtlichen Werth des einzelnen Vertheidigungsmittels, welches zu dem Inzidentstreit Veranlassung gibt, irgend etwas entschieden; es ist in keinem Falle erwiesen, daß die eine Partei der andern einen widerrechtlichen Schaden zugefügt hat.

Um dies erkennen zu können, mußte der Oberrichter schon mit Sicherheit voraussehen, daß z. B das Vertheidigungs- oder Beweismittel, um dessen Zuläßigkeit gestritten wird, oder dessen Gebrauch überhaupt zu einem Zwischenstreit in der untern oder höhern Instanz Veranlassung gab, den Zweck erreichen werde, welcher angeblich beabsichtigt wird. So wie die Ladung auf eine Klage, mag sie schon in der untern oder erst in den obern Instanzen erkannt werden, weiter nichts als eine prozeßleitende Verfügung ist, eben so erscheint auch das oberrichterliche Erkenntniß, welches nur über die formelle Zuläßigkeit eines einzelnen Vertheidigungsmittels entscheidet, lediglich als ein Zwischenbescheid oder als eine prozeßleitende Verfügung, und muß das Erkenntniß über die Kosten eben so wie bei einer zugelassenen Ladung, bis zum Erkenntniß über die Hauptsache ausgesetzt bleiben.

Nach §. 171 der Prozeßordnung muß in einem solchen Falle jede Partei vorläufig die durch ihre Handlungen veranlaßten Kosten bestreiten, mithin der Appellant die Gerichtskosten, z. B. Urtheilstaxen, so wie die Kosten seiner eigenen Vertheidigung, und der Appellat die Kosten seines Anwalts vorläufig auf sich nehmen. Die Partei, welche nach geschlossenen Verhandlungen in der Hauptsache gänzlich unterliegt, hat dann auch die Verbindlichkeit, die Kosten aller im Laufe des Prozesses entstandenen Zwischenstreitigkeiten, so weit über sie auch hinsichtlich der Kosten nicht schon früher definitiv entschieden werden konnte, zu tragen; denn wer einen ungerechten Rechtsstreit beginnt, oder seinen Gegner zu einer gerechten Klage nöthigt, muß auch hier, wie in andern Fällen, die Folgen seiner unrechten Handlung prästiren, und eine unrechte Handlung war es in der Regel, welche mit dem Hauptstreite alle aus diesem erwachsenen Zwischenstreitigkeiten hervorgerufen hat.

In Fällen, wo der Unterrichter Verfügungen erläßt, die von keiner Partei beantragt worden waren, und die eben aus diesem Grunde meistentheils von dem Oberrichter wieder aufgehoben werden müssen, ist es höchst traurig, in den oberrichterlichen Entscheidungsgründen zu lesen, der Appellat werde blos aus der Ursache in die Kosten der obern Instanz verfällt, weil er hier die unterrichterliche Verfügung vertheidigt habe. Er war aber von dem Oberrichter zur Vertheidigung der unterrichterlichen Verfügung unter dem Präjudiz aufgefordert, daß im Falle seines Ausbleibens der Oberrichter, auch ohne ihn zu hören, erkennen werde; er mußte in der öffentlichen Sitzung durch einen Anwalt wenigstens zu dem Zweck erscheinen, damit der Rechtsstreit im Falle des Ausbleibens seines Gegners nicht von der Rolle gestrichen, und dadurch die Entscheidung der Hauptsache wegen eines von ihm in keiner Hinsicht verschuldeten Zwischenstreits nicht ad calendas graecas verschoben werde; in der Sitzung erklärte er vielleicht selbst, daß er die von seinem Gegner angefochtene unterrichterliche Verfügung gar nicht verlangt habe; daß er das Erkenntniß über die Rechtsbeständigkeit derselben dem Ermessen des Oberrichters überlasse, und nur um Verschonung mit der Verfällung in sämmtliche Kosten bitte, indem er seine eigene Kosten gerne tragen wolle.

Welchen widerrechtlichen Schaden hat nun in einem solchen Falle der Appellat dem Appellanten zugefügt? Oder seit wann ist die Vertheidigung vor Gericht eine an sich widerrechtliche Handlung? Was schadet es dem Appellanten, wenn, eben so wie er, auch der Appellat auf die Gesetze sich beruft? Die Vertheidigung des Appellaten kostet den Appellanten keinen Pfennig; denn er muß seine Beschwerde bei dem Oberrichter begründen, der Appellat mag sich vertheidigen oder nicht.

Für den Entscheidungsgrund, daß der Appellat die Kosten einer Instanz seinem Gegner blos aus der Ursache ersetzen müsse, weil er sich vertheidigt, d. h. der oberrichterlichen Aufforderung zur Vertheidigung Folge geleistet habe, findet sich (gratia sit tibi, diva Themis!) in der ganzen Prozeßordnung keine Rechtfertigung.

Wer sich nicht einmal vertheidigt, bietet den Sieg seinem Gegner freiwillig an; nicht ohne alles Recht könnte man vielmehr aus dem Schweigen des Appellaten auf dessen innere Ueberzeugung von dem Rechte seines Gegners schließen, und bei der Wunderbarkeit menschlicher Ansichten könnte sogar ein Oberrichter auf den Einfall kommen, mittelst analoger Anwendung des §. 809 der Prozeßordnung gerade das Stillschweigen des Appellaten durch Verfällung in die Kosten bestrafen zu wollen.

Es wird aber auch übersehen, daß vielen Beschwerden gegen unterrichterliche, fürsorgliche oder prozeßleitende Verfügungen, nicht einmal durch den ausdrücklichen Verzicht des Gegners auf die beschwerenden Verfügungen, sondern nur durch ein von dem Oberrichter in den gesetzlichen Formen geschöpftes Erkenntniß abgeholfen werden kann. So läßt sich kein Richter durch eine verzichtende Erklärung des Beklagten bestimmen, nach versagter Ladung auf eine von ihm als formlos oder inept angebrachtermaßen verworfene

Klage später dennoch Ladung zu erkennen; und so kommt es bei der Frage, ob ein Zeugenbeweis im einzelnen Falle gesetzlich zuläßig, oder ob ein Fatale versäumt sei, nicht auf das Uebereinkommen beider Parteien an, sondern der Richter hat die im Interesse des öffentlichen Rechts eingeführten Prozeßformen ex officio zu bewachen.

In einem Falle, wo der Richter Verfügungen erläßt, die nicht einmal von einer Partei beantragt waren, und deshalb devolutive Rechtsmittel nöthig machen, werden die Appellaten, die oft auch ohne die ihre Gegner beschwerenden unterrichterlichen Verfügungen ihr klares Recht erlangen würden, gestraft genug, wenn sie die Kosten ihrer eigenen Vertheidigung tragen müssen; aber in wahre Ungerechtigkeit artet es aus, wenn sie auch zum Ersatze der Kosten ihres Gegners von dem Oberrichter definitiv verurtheilt werden, bevor entschieden ist, welche von den Parteien einen ungerechten Rechtsstreit begonnen, und mit diesem auch jene unglückseligen richterlichen Verfügungen herbeigeführt hat.

Tils Obergerichtsadvokat.

II.

Ueber das Contumacialverfahren bei den Collegialgerichten.

Der neueste Aufsatz über das Contumacialverfahren bei den Collegialgerichten in Nr. 15 der Annalen dieses Jahrs spricht sich in Uebereinstimmung mit der Redaktion dahin aus, daß bei vorkommenden Versäumungen auf das schriftliche Anrufen des andern Theils das Versäumungserkenntniß sofort in der geheimen Sitzung zu erlassen sei, ohne daß die Sache in der öffentlichen Sitzung vorzukommen und der betreibende Theil dort sein Anrufen mündlich zu wiederholen habe. Es wird diese Ansicht hauptsächlich auf die Bestimmung in Artikel 5 der Prozeßnovelle vom 3. August v. J. gegründet, welche darüber einen klaren Ausspruch enthalten soll.

Der Unterzeichnete gesteht, daß er die Sache noch nicht für so ganz ausgemacht hält und erlaubt sich, seine Bedenken hier zur weiteren Prüfung vorzutragen.

Der Verfasser des Aufsatzes in Nr. 15 macht zuerst auf die Verschleifung aufmerksam, welche dadurch entstehen solle, daß der säumige Theil außer der Frist zur Einbringung seiner schriftlichen Handlung auch noch eine weitere Frist von einem Vierteljahre bis zur Tagfahrt erhalte. Allein dieser Grund ist wenigstens nicht überzeugend, da es lediglich in dem bei dem Hofgericht des Mittelrheinkreises bisher beobachteten Verfahren liegt, daß alle Sachen ohne Unterschied ans Ende der Rolle gesetzt werden. Dieses Verfahren liegt nicht in der Prozeßordnung, es ist der Instruktion vom 21. April 1832 (Regierungsblatt S. 237) gerade zuwider, man kann daher hieraus keine Schlüsse für oder gegen die Absicht des Gesetzgebers ziehen, da derselbe jenes ganz willkührliche Verfahren nicht voraussetzen konnte. Werden die Versäumungserkenntnisse als eilige Sachen behandelt und deßhalb in eine der nächsten Sitzungen gebracht, wie dieses füglich geschehen kann und soll, so fällt der ganze Anstand wegen des Verschleifs des Prozesses hinweg. Die erste Frist von 28 Tagen rechtfertigt sich übrigens durch die §§. 228 und 1217 der Prozeßordnung und ist wenigstens dem §. 1111 nicht zuwider, weil dieser lediglich von der Frist redet, innerhalb welcher die richterliche Verfügung erlassen werden soll.

Daß der §. 1111 nicht wie §. 1112 oder 1132 von Bestimmung einer Tagfahrt handelt, mag zugegeben werden. Allein fürs erste hat jener §. einen ganz andern Gegenstand, und fürs andere wäre es allerdings besser gewesen, wenn die Prozeßordnung passenden Orts sich hierüber ausdrücklich erklärt hätte, allein der §. 1110 drückt sich wenigstens so aus, daß man nicht annehmen kann, es solle auf das schriftliche Anrufen in der darauf folgenden geheimen Sitzung das Versäumungserkenntniß gefällt und ausgesprochen werden. So hat auch v. Weiler (S. 107) den §. 1110 offenbar nicht verstanden.

Die Verschiedenheit des Verfahrens der Kollegialgerichte und der Einzelrichter ist allerdings so groß, daß sie auf das Contumacialverfahren Einfluß äußern muß. Es wird dagegen gesagt, daß ja die Klagen rc. vor dem Einzelrichter keine Rechtsausführung enthalten müssen, daher in so ferne möglicherweise die Klagen vor Collegialgerichten ganz gleich seyn könnten, allein es wird dabei ganz übersehen, daß die Klagen der letzteren Art keine Rechtsausführung enthalten dürfen. Dieses führt aber zu dem bedeutenden Unterschied, daß der Kläger bei dem Einzelrichter auf die Rechtsausführung verzichten kann, womit ihm nicht Unrecht geschieht, der Kläger vor dem Collegialgericht aber verzichten muß, wenn man ihm diese nicht in der öffentlichen Sitzung gestattet. Man sagt ferner, daß ja die Rechtsausführung nicht so nothwendig sei, weil der Richter das Recht suppliren müsse. Allein dann sollte man lieber der Zeit- und Kostenersparniß wegen jede Rechtsausführung abschneiden, als auf halbem Wege stehen bleiben. Dieses Argument beweist daher wohl zu viel, und man wird zugeben müssen, daß die Nothwendigkeit oder wenigstens Zweckmäßigkeit der besondern Rechtsausführung, einmal vorausgesetzt, entbehrlicher ist, wo die Sache bereits durch einen Schriftenwechsel erörtert, als wo das Rechtsverhältniß des Klägers von demselben nur vorläufig, vielleicht mit absichtlicher Kürze, angedeutet ist. Es ist aber die Rechtsausführung nicht das Einzige und Wesentliche, welches bei dem Eingangs angeführten Verfahren verloren geht, sondern der

Grundsatz der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens bei Kollegialgerichten geht dabei ganz unter. Das Gericht urtheilt alsdann nicht auf das unmittelbare Gehör der Partei, sondern wieder auf den Vortrag seines Referenten, also ganz wie im alten Prozeß, und man muß daher konsequent auch wieder die Restitution ex culpa referentis zulassen, welche hier um so nöthiger ist, als der Vortrag ohne Schriftlichkeit und Instruktivvotum alle früheren Garantieen entbehrt, diese Konsequenzen dürften aber wohl schwerlich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen seyn, und gerade die Nothwendigkeit derselben spricht gegen die Theorie, wornach die Versäumungserkenntnisse in geheimer Sitzung auf den mündlichen Vortrag des Referenten zu erlassen sind. Gerade deßhalb werden auch die Erkenntnisse der §§. 357 — 360 der Prozeßordnung nicht in der geheimen Sitzung zu erlassen seyn, und man kann sich dagegen nicht auf das Verfahren vor Einzelrichtern berufen. Bei den letzteren ist überhaupt der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit nicht leicht durchzuführen und in der Wirklichkeit auch fast ganz untergegangen. Die Einzelrichter haben keine besondern Gerichtstage zu den bürgerlichen Streitverhandlungen, das Verfahren zum Protokoll ist nur sehr uneigentlich ein mündliches, nämlich in so fern, als die Partei das Niederzuschreibende mündlich angibt, statt dasselbe unmittelbar selbst niederzuschreiben, eine besondere Rechtsausführung nach §. 334 der Prozeßordnung ist eine seltene Erscheinung, und es ist daher rein zufällig, wenn der nämliche Richter, welcher die Parteien angehört hat, auch das Erkenntniß erläßt. Das Erkenntniß wird auf die schriftlichen Protokolle und übrigen Schriften, aber nicht auf den mündlichen Vortrag der Parteien geschöpft. Bei den Collegialgerichten ist dagegen die mündliche Verhandlung die Hauptsache, und der Grundsatz vorherrschend, daß die Richter nicht durch das Medium der Schrift und des Referenten, sondern durch den unmittelbaren Vortrag der Parteien von deren Rechtslage unterrichtet werden sollen. Wenn also der §. 1096 der Prozeßordnung im Allgemeinen auf das Verfahren bei den Einzelrichtern verweist, so versteht sich dieses doch unbeschadet der mündlichen Verhandlung, welche bei Kollegialgerichten wesentlich und unerläßlich ist, was auch schon durch §. 1106 hinreichend und ganz allgemein angedeutet wird.

Was aber positiv der gegentheiligen Theorie im Wege steht, ist immer die Fassung des §. 1110 der Prozeßordnung selbst. Es spricht dieser von einem Anrufen des Klägers und von einem in der nämlichen Gerichtssitzung auszusprechenden Rechtsnachtheil. Der Rechtsnachtheil, resp. das Versäumungserkenntniß, soll also in der nämlichen Gerichtssitzung ausgesprochen werden, in welcher das Anrufen erfolgt. Da nun das schriftliche Anrufen nicht in der Gerichtssitzung geschieht, und da eben so wenig ein mündliches Anrufen in geheimer Sitzung geschehen kann, so kann das Gesetz unter dem Anrufen des §. 1110 nur ein mündliches und unter der Gerichtssitzung nur die öffentliche verstanden haben. So legt auch v. Weiler (Motive) das Gesetz aus, und so wird dasselbe von der Instruktivverordnung vom 21. April 1832 (§. 19, 26) verstanden und angewendet. Allerdings muß dem mündlichen noch ein schriftliches Anrufen vorausgehen, allein dieses hat nur die Folge, daß ohne Ausspruch eines Rechtsnachtheiles Tagfahrt zur Erlassung des Erkenntnisses angesetzt wird. Der bei der Vorladung anzudrohende Rechtsnachtheil wird für beide Theile darin bestehen, daß sie mit ihrer Rechtsausführung ausgeschlossen und das Erkenntniß nach Lage der Akten ertheilt werden soll. Erscheint der Beklagte nicht, und ruft der Kläger mündlich an, so steht alsdann dem zu erlassenden Versäumungserkenntniß nichts im Wege. Erscheint der Kläger nicht, so kann der Beklagte allerdings, wie sich von selbst versteht, die Sache beruhen lassen, er kann aber auch Entbindung von der Instanz oder nach Umständen ein Erkenntniß nach Lage der Akten beantragen. Erscheinen endlich beide Theile, so kann der Beklagte entweder nach Analogie des §. 1219 der Prozeßordnung den versäumten schriftlichen Vortrag nachholen, oder ausführen, daß der Versäumung ungeachtet die Anträge des Klägers unbegründet sind (§. 1178 der Prozeßordnung.) Die Schwierigkeit der anzudrohenden Rechtsnachtheile ist daher ebenfalls kein Grund für die jenseitige Gesetzesauslegung, und so erübrigt nichts mehr, als die Prozeßnovelle, welche die Kontroverse gänzlich, und zwar zu Gunsten der anderen Meinung, entschieden haben soll. Es wird dabei aller Nachdruck auf das Wort „Thatsachen" in Artikel 5 der Novelle gelegt und angeführt, daß, weil nach Versäumung der schriftlichen Vernehmlassung des Beklagten die Thatsachen der Klage als eingestanden anzunehmen, die Verhandlungen darüber also geschlossen seien, sofort in der Hauptsache zu erkennen sei. Die Absicht des Gesetzes bei Abänderung des §. 671 der Prozeßordnung war aber wohl unstreitig nur die, die förmlichen Versäumungserkenntnisse, welche zugleich in der Hauptsache entscheiden, da abzuschaffen, wo die Verhandlungen noch nicht in jeder erheblichen Beziehung als geschlossen zu betrachten sind, und die Sache zum Definitiverkenntniß gereift ist. Nach dieser Absicht des Gesetzes möchte ich aber eher auf den Schluß der Verhandlungen, auf den spruchreifen Stand der Sache das Gewicht legen, und annehmen, daß hiezu nicht bloß die Litiskontestation über das Thatsächliche, sondern auch alle weiteren Handlungen gehören, welche das Gesetz zur Begründung des richterlichen Urtheils für nothwendig hält. Nach der gegentheiligen Auslegung müßte man z. B. auch in dem Falle ein Versäumungserkenntniß in der Hauptsache erlassen, wenn der Kläger die Einlassung auf die Einreden des Beklagten,

resp. seine Repliken versäumt hat, weil auch in diesem Falle die Verhandlungen über das Thatsächliche geschlossen wären. Gleichwohl ist es hier leicht möglich, daß noch etwas zu ergänzen, die Einlassung zu vervollständigen, eine richterlich gestellte Frage zu beantworten, oder wenigstens ein Beweiserkenntniß zu erlassen ist. Man kann also in solchem Falle noch nicht in der Hauptsache erkennen, obgleich die Verhandlungen über das Thatsächliche formell geschlossen sind. Es würde hiernach ein von der Hauptsache getrenntes Ausschlußdekret im Beweisverfahren gar nicht vorkommen können, weil dort nicht mehr über die Thatsachen der Klage &c., sondern über den Beweis derselben verhandelt wird. Folgerichtig müßte man auch in zweiter Instanz, wenn der Appellat seine schriftliche Vernehmlassung auf die Beschwerdeschrift versäumt, in geheimer Sitzung auf schriftliches Anrufen des Appellanten ohne weitere mündliche Verhandlung erkennen dürfen, weil auch alsdann die Verhandlung über das Thatsächliche geschlossen wäre, und doch würde dieses Verfahren gegen jede Ansicht sowohl als die Praxis verstoßen. Man wird zwar hier behaupten, daß der §. 1219 der Prozeßordnung entgegenstehe, allein dieser §. erscheint nach der gegentheiligen Ansicht als eine nicht gerechtfertigte Singularität, während es ganz zu der Ansicht paßt, daß auf das schriftliche Anrufen nur eine Tagfahrt beschlossen wird, bei welcher der säumige Theil das Versäumte nachholen kann, so daß der §. 1219 analog auf das Contumacialverfahren bei Collegialgerichten überhaupt anzuwenden ist. Ueberhaupt dürfte der Art. 5 der Prozeßnovelle, welcher, an die Stelle der §§. 670 — 672 getreten, ebenfalls zunächst die Einzelrichter berührt, auf das Verfahren bei Collegialgerichten nur so anzuwenden seyn, daß die wesentliche Mündlichkeit und Oeffentlichkeit darunter nicht leidet, dieß kann aber nur dann geschehen, wenn man trotz aller Versäumnisse im schriftlichen Vorverfahren die Hauptverhandlung in der öffentlichen Sitzung nicht wegfallen läßt, sondern diese erfordert nur die Verhandlungen als geschlossen, die Sache somit als spruchreif zu betrachten. Nach der bisherigen Ausführung soll auch mit dem Ausschlußdekret keineswegs ein besonderer Rechtsnachtheil ausgesprochen, sondern nur der säumige Theil mit seiner schriftlichen Handlung im Allgemeinen ausgeschlossen und die Sache zur mündlichen Verhandlung gebracht werden, wo dann die Partei alles Versäumte noch nachholen darf, aber dann auch die dadurch entstehenden weitern Kosten zu tragen hat.

Für diese Ansicht dürfte schließlich noch das Vorbild des französischen Prozesses anzuführen seyn, welcher kein Contumaciren in geheimer Sitzung kennt, sondern das Prinzip der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit auch hier konsequent durchführt. (Code de procedure civile art. 149 sq.)

Haaß.

III.

Ist der Zeugenbeweis gegen L. R. S. 1341 zuläßig, wenn keine Einreden dagegen vorgebracht werden?

Wenn ich mir diese Frage hier zur Sprache zu bringen erlaube, so geschieht es nur in der Absicht, Andere zu veranlassen, durch Darlegung und Begründung ihrer Ansicht Einheit in die darin sich widersprechende Praxis zu bringen.

Ich habe nämlich die Erfahrung gemacht, daß bei verschiedenen Untergerichten die Ansicht herrscht, daß der Zeugenbeweis auch in den Fällen, in welchen er früher nach L. R. S. 1341 verworfen werden mußte, nach der neuen Prozeßordnung, so lange keine Einreden dagegen erhoben sind, nun zugelassen werden müsse, während bei andern der Grundsatz gilt, daß der Zeugenbeweis stets in den Fällen verworfen werden müsse, in welchen er nach dem L. R. S. 1341 als unzuläßig erscheint. Ich für meine Person huldige dieser letztern Meinung und aus folgenden Gründen:

Im L. R. S. 1316 sind die Beweismittel angeführt, welche unsere Gesetzgebung als Mittel zur rechtlichen Vergewisserung über Thatsachen, von welchen Verbindlichkeiten und Befreiungen von solchen hergeleitet werden, angenommen und sanctionirt hat. Unter diesen ist auch der Beweis durch Zeugen erwähnt, und zwar bloß im Allgemeinen. Nun hat aber der L. R. S. 1341 die Anwendung des Zeugenbeweises beschränkt, dadurch, daß er diesen über die Rechtsgeschäfte, welche die Summe oder den Werth von 75 fl. übersteigen, ausschließt und Urkundenbeweis fordert. Es ist dies offenbar eine singuläre Bestimmung — ein jus singulare, eine Abweichung von dem im L. R. S. 1316 ausgesprochenen Grundsatz, welcher nur aus besonderen Gründen und Rücksichten im Interesse des Staatswohls gemacht worden ist, ob mit Grund oder nicht — gehört nicht hierher. Nun ist es aber ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß singuläre Bestimmungen oder spezielle, nicht aus der Natur der darüber geltenden Grundsätze zu erklärende Gesetze durch neue allgemeine Gesetze nicht aufgehoben werden, wenn nicht die Worte selbst dies kategorisch aussprechen, oder aus dem ganzen Zusammenhang und Geist des Gesetzes die Absicht deutlich sichtbar ist, daß der Gesetzgeber das frühere spezielle Gesetz habe aufheben oder an demselben etwas habe ändern wollen.

Ein solches Gesetz aber, in welchem der L. R. S. 1341 aufgehoben oder modifizirt worden wäre, existirt nirgends, und doch müßte dieß der Fall seyn, wie es z. B. durch den §. 292 der Prozeßordnung mit dem L. R. S. 2224 und durch §. 401 mit L. R. S. 1356 geschehen ist. Die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht glauben alle, daß nach dem Sinne des §. 460 der Prozeßordnung der Zeugenbeweis auch in den Fällen, in welchen der S. 1341 ihn ausschließt, nunmehr gleichwohl zuläßig sei, wenn von der Gegenpartei keine Einreden dagegen vorgebracht worden seien, weil in den Worten „um seine etwaigen Beweiseinreden gegen die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises —" offenbar der Sinn liege, daß, wenn solche Einreden nicht vorgebracht worden sind, auch in den Ausnahmsfällen des L. R. S. 1341 der Zeugenbeweis angenommen werden müsse, indem der Richter keine Einreden von Amtswegen ergänzen dürfe.

Was ist aber eine Einrede? Antwort, nichts anderes, als die Behauptung einer Thatsache, durch welche, wenn sie als erwiesen angenommen werden kann, ein dem Gegentheil im Allgemeinen zustehendes Recht entweder ganz — oder theilweise wieder unwirksam gemacht wird. Alle sogenannten exceptiones juris sind keine wahren Einreden, denn es sind bloß Erklärungen des einen Theils, daß das von dem Gegentheil in Anspruch genommene Recht diesem nicht zustehen könne, weil die gesetzlichen Voraussetzungen dazu

ermangeln. Diese Einreden aber muß der Richter von Amtswegen suppliren; oder, um richtiger zu sprechen: Es ist bekannt, daß der Richter alle Parteivorträge prüfen und deßhalb alles Ungesetzliche verwerfen muß, nach dem Grundsatz: judex debet nosse jus. Wenn dieß nicht wahr wäre, so müßte der Richter auch auf eine Klage, welche aus dem eigenen Klagvortrag des Klägers als unbegründet, oder zur Zeit, oder hier nicht Statt findend erscheint, Verhandlungen pflegen, und wenn keine Einreden vorgebracht würden, dem Kläger das Verlangte zuerkennen. So müßte man aus dem nämlichen Grunde die Klage gegen den L. R. S. 340 oder den Zeugenbeweis über den bürgerlichen Stand oder über Schenkungen und letzte Willensverordnungen zulassen, wenn dagegen keine Einreden vorgebracht worden sind; denn wenn durch den §. 460 der Prozeßordnung der Landrechtssatz 1341 modifizirt ist, so müssen es alle übrigen auch seyn, welche den Zeugenbeweis in einzelnen Fällen beschränken; dies wird aber doch gewiß von Niemanden behauptet werden wollen. Kurz, alle die gesetzlichen Bestimmungen, welche besagen, daß ein Parteivortrag der Gegenpartei zur Vernehmlassung, zur Erklärung und zum Vorbringen ihrer Einreden binnen einer bestimmten Frist bei Vermeidung des Ausschlusses mitgetheilt werden muß, können nur solche Erklärungen und Einreden meinen, welche in Behauptungen von solchen Thatumständen bestehen, durch welche das Recht des Gegners, wenn sie erwiesen sind, wieder unwirksam gemacht wird; also z. B. das Recht des Gegners zum Zeugenbeweis, welcher im Allgemeinen für die in Frage stehenden Rechtsgeschäfte zuläßig ist, im konkreten Fall aufhebt, z. B. in einem Rechtsgeschäft unter 75 fl., weil das Daseyn des letzteren nach dem von den Produkten vorgebrachten Thatsachen durch Zeugen nicht dargethan werden könne. Und so kann auch der §. 460, wenn er vorschreibt, daß die Beweisantretung des Producenten mitgetheilt werden muß, mit der Auflage, die Einreden gegen die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises vorzubringen, blos für die Fälle gelten, in welchen der Zeugenbeweis im Allgemeinen zuläßig, aber hier im konkreten Falle aus dem einen oder andern Grunde zu verwerfen ist.

Ich glaube, daß diese Ansicht auch die richtigere ist, und würde nie gezweifelt haben, daß sie auch allein herrschend sei, wenn ich nicht die gegentheilige Erfahrung gemacht hätte, und dadurch schwankend geworden wäre. Ich habe auch lange Bedenken getragen, diese Frage in Anregung zu bringen, und blos der Wunsch, entweder meine Meinung gebilligt oder verworfen zu sehen, und dadurch vielleicht die Veranlassung zur Gleichheit der Ansichten zu seyn, hat mich dazu ermuthigen können.

Torrent, Rechtspraktikant.

Anmerkung der Redaktion. — Die Frage:

1) ob da, wo ein nach S. 1341 unzuläßiger Zeugenbeweis angetreten wurde, die Beweisantretung gleichwohl dem Produkten zur Erklärung zuzustellen sei? —

kann bejaht werden, ohne daß deßhalb gerade auch die weitere Frage:

2) ob der Zeugenbeweis, wenn der vernommene Produkt keine Einwendungen dagegen vorbringt, jedesmal zugelassen werden müsse? —

bejaht werden müßte.

Alle gesetzlichen ungegründeten Begehren müssen vom Richter verworfen werden, wenn gleich der Gegentheil den Mangel der gesetzlichen Begründung nicht rügt.

Aber nicht in allen Fällen, wo ein Antrag an und für sich schon ungegründet erscheint, darf er sogleich durch ein sogenanntes decretum rejectorium ohne weitere Verhandlung zurückgewiesen werden.

Nach dem §. 1 des provisorischen Gesetzes vom 17. Mai 1827, Regierungsblatt Seite 101, durfte die Klage nie wegen Mangels rechtlicher Begründung, diese mochte noch so klar seyn, sogleich ohne Verhandlung verworfen werden. Die neue Prozeßordnung gestattet nun zwar im §. 358 in Bezug auf die Klage, wenn sie offenbar ungegründet ist, eine solche Verwerfung ohne alle Verhandlung, aber sie stellt keinen allgemeinen Satz auf, daß überhaupt alle an und für sich unbegründeten Anträge der Parteien ohne Verhandlung darüber geradezu verworfen werden dürfen.

Es findet ein solches decretum rejectorium namentlich in Bezug auf die eigentlichen Einreden, Repliken ꝛc. in keinem Falle Statt, und auch wenn dieselben schon an sich ungegrundet sind, so muß dennoch der Gegentheil darüber vernommen werden, Prozeßordnung §§. 323, 363, 368.

Auch in Bezug auf die Beweisantretungen stellt der §. 407 den nämlichen Satz im Allgemeinen auf, und wenn der §. 579 in Bezug auf eine unzuläßige oder ganz unerhebliche Eideszuschiebung, und der §. 523 in Bezug auf den Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß decreta rejectoria gestattet, so sind dies nur Ausnahmen von der Regel des §. 407.

In Bezug auf die Unzuläßigkeit des Zeugenbeweises nach S. 1341 ist aber nirgends eine gleiche Ausnahme gemacht, der §. 460 bestätigt vielmehr die Regel des §. 407 dahin, daß die Beweisantretung dem Gegentheil zugestellt werde, um etwa auch seine Einreden gegen die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises vorzutragen.

Bei der auf solche Einreden hin erfolgenden mündlichen Verhandlung erhält dann der Beweisführer erst selbst auch die Gelegenheit, die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises auszuführen, so wie der Produkt die Unzuläßigkeit desselben ausführen kann.

Hat aber der Letztere diese Unzuläßigkeit auch gar nicht vorgeschützt, so muß in der darauf folgenden Entscheidung (§. 463) der Zeugenbeweis dennoch verworfen werden, wenn er gegen das Gesetz (S. 1341 und ff.) verstoßt, so wie die gesetzlich nicht begründete Klage, wenn von der im §. 358 gegebenen Ermächtigung Umgang genommen wurde, die unerhebliche Einrede ꝛc. auf die gepflogene Verhandlung hin ebenfalls verworfen werden, wenn gleich der Gegentheil auf diese gesetzlichen Mängel gar nicht hingewiesen hat.

Das Gesetz sagt nämlich im L. R. S. 1341 nicht, wie im §. 508 der Prozeßordnung, daß der Zeugenbeweis in dem dort bezeichneten Falle „auf den Antrag des Gegentheils verworfen“ werde, sondern der S. 1341 sagt, es sei kein Zeugenbeweis zuzulassen, daher darf der Richter ihn nicht zulassen, wenn auch der Produkt die Unzuläßigkeit nicht geltend macht.

Hiernach ist die oben unter 1 aufgestellte Frage zu bejahen, die unter 2 aufgeführte aber zu verneinen.

D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. | Nro. 25. | Karlsruhe den 23. Juni 1838.

I.

Beitrag zur Lehre über die Provokationsklagen, erläutert durch einen Rechtsfall.

Seit unfürdenklichen Zeiten sind in der Stadtgemeinde Donaueschingen 226 Bürger in dem ausschließenden Genusse und Bezug des gesammten Bürgernutzens. Die späteren Ansiedler versuchten es zwar, diesen verjährten Besitzstand anzufechten, allein sie mußten allenthalben unterliegen. Ungeachtet dessen glaubten die zum Mitgenusse am Gemeindenutzen nicht berechtigten Bürger in dem §. 85 des neuen Gemeindeordnung ihr Heil zu finden, und die längst zu Gunsten der genußberechtigten Bürger entschiedene Sache wieder aufzurütteln, wenn sie unter Hinweisung auf eine am 27. August 1831, Nr. 11,573 ergangene hohe Ministerialverfügung des Innern mit einer Provokationsklage gegen die im Besitze des Gemeindenutzens befindlichen 226 Bürger auftreten. Sie wendeten sich an das Bezirksamt Hüfingen und stellten das Begehren, zu erkennen:

„Die Provokaten seien schuldig, ihre Klage auf das „Eigenthum oder Nutzeigenthum des Bürgernutzens gegen „sie — die Provokanten — binnen vier Wochen bei gedachtem Bezirksamt um so gewisser einzureichen, als „sonst auf Anrufen der Provokanten das Klagrecht der „Provokaten für erloschen erklärt würde."

Nach gepflogenen Verhandlungen erfolgte am 18. März 1833 das amtliche Urtheil des Inhalts:

„Werden die Aufgeforderten für schuldig erkannt, ihre „Klage auf das Eigenthum oder Nutzeigenthum des Bürgergenusses gegen die Provokanten als Vertreter der „übrigen bisher nicht nutzungsberechtigten Bürger binnen „vier Wochen um so gewisser einzureichen, als sonst auf „Anrufen der Provokanten ihr Klagrecht für erloschen „erklärt würde, unter Verfällung der Provokaten in die „Kosten dieses Streits."

Gegen dieses Urtheil meldeten die Provokaten die ordentliche Berufung an das großherzogliche Hofgericht der Seeprovinz in Meersburg an, und fanden sich dabei aus dem Grunde beschwert, weil sie zu einer Klagführung genöthigt werden sollen, die sowohl dem positiven als dem Vernunftrechte widerstreitet.

Bei der Statt gehabten mündlichen Verhandlung der Sache habe ich als damaliger Sachwalter des provokatischen und appellantischen Theils die Frage aufgeworfen:

„Ob in dem gegebenen Falle eine Provokationsklage „überhaupt zuläßig sei?"

und diese Frage, unter Anführung der über die Provokationsklagen bestehenden Gesetze verneinend beantwortet.

Nach geschehener Nachweisung, daß unsere Gesetzgebung die provocatio ad agendum nur unter gewissen Voraussetzungen als eine Ausnahme von der Regel zulasse, wornach Niemand wider seinen Willen zum Klagen genöthigt werden kann, bemerkte ich: Weder die provoc. ex lege diffamari, noch die provocatio ex lege si contendat findet Statt, wenn dem Provokanten selbst eine Klage zusteht, womit er seinen Rechtsanspruch verfolgen kann. (Claproth, Einleitung in die summarischen Prozesse §. 270 und 274. Danz, summarischer Prozeß §. 72. Neue Prozeßordnung §. 764. Oberhofgerichtliche Jahrbücher v. J. 1833. Heft 1, pag. 95.) Wenn die Provokanten oder vielmehr die Gemeinde Donaueschingen ein stärkeres Recht auf den fraglichen Bürgernutzen haben sollten, als die Provokaten, so können sie dasselbe nach Umständen mit der Eigenthumsklage geltend machen.

Die provocatio ex lege diffamari findet aber auch ferner wider denjenigen nicht Statt, welcher mit dem Beweise des Rechts, das er zu haben behauptet, nicht beschwert werden kann, sondern die Vermuthung für sich hat. Die Provokaten sind inhaltlich der Akten und ausweislich der amtlichen Entscheidungsgründe seit unfürdenklichen Zeiten im alleinigen Besitze des Bürgernutzens zu Donaueschingen. Das vorliegende amtliche Urtheil vom 30. November 1825 befestigte ihren Besitzstand dadurch, daß

hienach die jetzigen Provokanten in der Eigenschaft als ordentliche Kläger mit ihren Ansprüchen auf den Mitgenuß an den Donaueschinger Gemeindenutzungen abgewiesen wurden. Die Provokaten können daher als Besitzer des Bürgernutzens nicht zum Klagen aufgefordert werden. Dies folgt schon aus der bekannten Regel: „beati possidentes;“ und aus der Vorschrift des §. 4, 7 de interdictis (4, 15): „Is agit, qui *non* possidet.“ Dazu kömmt noch, daß die Provokaten bei ihrem Besitzstand den Provokanten ein Recht auf den Bürgernutzen bestreiten. Bei diesem Sachverhalt müssen die Provokanten ohne weiteres mit ihrer Provokationsklage abgewiesen werden, weil sie nichts anderes bezwecken, als den Beweis, der ihnen als Kläger obliegen würde, auf die Provokaten zu wälzen, was aber unbillig und widerrechtlich ist, weil dem Besitzer nie die Auflage gemacht werden kann, sein Recht an der innehabenden Sache zu beweisen. (Glück, Erläuterung der Pandekten, B. 6, §. 533 a, pag. 490.)

Der Widerspruch von Seiten der Provokanten, welcher erst in der zweiten Instanz gegen den Besitz der Provokaten erhoben wurde, ist höchst ungegründet, und stößt gegen das in den unterrichterlichen Akten enthaltene Anerkenntniß.

Unser Landrecht begünstigt ebenfalls die Lage des Besitzers dadurch, daß es ihm in S. 544 e. alle Befugnisse des wirklichen Eigenthümers zugesteht, so lange der Gegentheil nicht einen stärkeren Besitz oder ein stärkeres Recht für sich zu erweisen vermag. Diese gesetzliche Begünstigung auf den vorwürfigen Fall angewendet, so sind die Provokaten gegen jede Provokation geschützt.

Die Vorschrift des §. 85 der Gemeindeordnung, daß bei der Verschiedenheit der Benutzungsart des Allmendvermögens über den Allmendgenuß in Zukunft nur diejenigen Verhältnisse zu Grund gelegt werden sollen, wie sie am 1. Januar 1831 unbestritten bestunden, ist in gegenwärtigem Falle eingehalten. Die Provokaten sind in diesem Zeitpunkte im unbestrittenen Genusse des Bürgernutzens geblieben, und damals entstand kein Streit über den Allmendgenuß.

Nur wenn an diesem Tage über einen oder den andern Umstand irgend ein Streit obgewaltet hätte, müßte der Ausgang desselben abgewartet und die erfolgte Entscheidung als Grundlage angenommen werden.

Die Provokanten können sohin auch in dieser Rücksicht nichts für sich ansprechen, weil durch die Festsetzung des Normaltages nur bezweckt wurde, daß durch das Gesetz an den bestehenden Verhältnissen in Bezug auf den Allmendgenuß nichts geändert werden solle.

Man sehe die Erläuterungen zu der neuen badischen Gemeindeordnung pag. 60.

Am Schlusse meines mündlichen Vortrages fügte ich die Bitte bei:

„Das großherzogliche Hofgericht möge erkennen, daß „die Provokationsklage, unter Verfällung der Provokanten „in die Kosten beider Instanzen, als unstatthaft zu ver„werfen sei.“

Das Urtheil des großherzoglichen Hofgerichts der Seeprovinz, welches nach der mündlichen Verhandlung der Sache am 24. Januar 1834 gefällt und publicirt wurde, fiel vollkommen zu Gunsten meiner Klienten — der Provokaten und Appellanten — aus, und lautete folgendermaßen:

Der unterrichterliche Bescheid vom 18. März 1833 sei dahin abzuändern:

„Die Provokanten seien mit ihrer erhobenen Aufforde„rungsklage, unter Verfällung in die Kosten beider In„stanzen, abzuweisen.“

Entscheidungsgründe:

In Erwägung:

1) Daß nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 764 der Prozeßordnung die Aufforderung zum Klagen als Ausnahme von der in dem §. 761 der Prozeßordnung ausgesprochenen gesetzlichen Regel, daß Niemand zum Klagen gezwungen werden kann, nur da als zuläßig erscheint, wo der Provokant kein ordentliches Rechtsmittel hat, um zu seinem Anspruche zu gelangen, und insbesondere dann nicht Statt findet, wenn den Provokanten selbst eine Klage zusteht.

In Erwägung:

2) Daß nun aber bei dem hier zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnisse, wo es sich nämlich darum handelt, ob die Provokaten die ihnen zukommenden Bürgergenußtheile wirklich, wie sie behaupten sollen, als Eigenthum oder Nutzeigenthum im privatrechtlichen Sinne anzusprechen haben, oder ob das Eigenthum hieran der betreffenden Gemeinde zustehe — in letzterem Falle die Gemeinde ihre dießfallsigen Eigenthumsansprüche mittelst der ihr zustehenden Vindikationsklage verfolgen kann.

In Erwägung:

3) Daß dagegen — abgesehen davon — die Aufgeforderten schon aus dem Grunde nicht zum Klagen aufgefordert werden können, weil sie sich im Besitze des fraglichen Bürgernutzens befinden und in Folge der Entschließung des großherzoglichen Ministeriums des Innern vom 27. August 1831 einstweilen bis nach erfolgter richterlicher Entscheidung über die streitigen Eigenthums- und resp. Nutzeigenthumsansprüche daran von der nach dem §. 60 der Gemeindeordnung auf die Bürgernutzungen Statt findenden besondern Umlage freigelassen sind.

In Erwägung:

4) Daß es vielmehr bei dem eigentlichen Zwecke, welchen

die Provokanten durch die Klagaufforderung erreichen wollen — welcher Zweck darin besteht, die Besteuerung des den Provokaten zustehenden Bürgergenusses zur Bestreitung der Gemeindslasten zu bewirken — es lediglich Sache der Provokanten ist, als Kläger aufzutreten, indem diese und nicht die Provokaten es sind, welche eine Abänderung des gegenwärtigen Rechtszustandes verlangen.

Aus diesen Gründen stellt sich die erhobene Provokationsklage in jeder Hinsicht als verwerflich und folgeweise die von den Appellanten gegen den amtlichen Bescheid erhobene Beschwerde als gegründet dar.

Das Erkenntniß rücksichtlich des Kostenpunkts gründet sich auf den §. 169 der Prozeßordnung.

Dr. Löw.

II.

Wurde das Gesetz vom 28. November 1803 im Regierungsblatt Nr. X. vom Jahr 1804, das Schuldencontrahiren der Offiziere betreffend, durch das Landrecht aufgehoben? Mit Ja beantwortet.

In einem Rechtsstreite, welcher wegen einer Forderung von 232 fl. 31 kr. im Appellationswege an das großherzogliche Oberkriegsgericht gelangte, weil der Beklagte ein Offizier war, machte diese Stelle die Ansicht geltend, daß die Verordnung vom 28. November 1803 durch das Landrecht nicht aufgehoben worden sei, daß dieselbe vielmehr erst durch das Gesetz vom 28. Dezember 1831, Regierungsblatt Nr. IV. vom Jahr 1832, ihre Wirksamkeit verloren habe.

Da ich diese Ansicht nicht theilen kann, so sei es mir erlaubt, die entgegenstehende darzuthun.

Die Verordnung vom 28. November 1803 verbietet im Allgemeinen dem Offizier jeden Grades, mit Ausnahme des Generals en chef, Schulden ohne den Consens des betreffenden Regimentskommandeurs, oder des Generals en chef, wenn nämlich ein Stabsoffizier Schulden kontrahiren will, zu kontrahiren, und ertheilt den Kommandeurs die Befugniß, bis zum Betrag einer Monatsgage ihren Consens bei solchen, welche keine Stabsoffiziere sind, zu geben, während der General en chef den Consens auf jede Summe ertheilen kann. Es ist nun nicht zu verkennen, daß durch dieses Gesetz der Offizier gegen die übrigen Staatsbürger sehr beschränkt, und vorkommenden Falls in eine unangenehme Lage versetzt wurde, da er, nach dem Inhalte des angeführten Gesetzes, auch für die kleinste Summe den Consens seines Kommandeurs oder Generals en chef einholen mußte. Allein gegenüber den übrigen Staatsbürgern war dieses Gesetz von ungleich wichtigerer Bedeutung. Denn es fragte sich nunmehr, ob, wenn Jemand einem Offizier etwas kreditirte, ohne daß dieser für die Schuld den Consens seines Vorgesetzten eingeholt hatte, der Gläubiger seine Forderung vor Gericht geltend machen konnte, oder ob dieselbe ungiltig ohne diesen Consens war? Wenn dieses Gesetz ein allgemein verbindliches Gesetz, und kein Disciplinargesetz, das heißt ein solches ist, welches für den ohne Consens seines Obern kontrahirenden Offizier eine Strafe zur Folge hatte, was ich dahin gestellt seyn lassen will, so war allerdings eine ohne Consens des betreffenden Kommandeurs oder Generals en chef von einem Offizier kontrahirte Schuld null und nichtig, so daß der Gläubiger vor Gericht mit derselben abgewiesen werden mußte. Allein die Frage, deren Beantwortung ich mir in diesem Aufsatz vorgesetzt habe, ob dieses Gesetz nicht wenigstens seine Wirksamkeit durch das mit dem ersten Januar 1810 eingeführte Landrecht verloren habe, muß nach meiner Ansicht jedenfalls bejaht werden, und zwar aus folgenden Gründen:

Nach der höchsten Verordnung vom 22. Juni 1809, Regierungsblatt Nr. XXVI., soll die verbindliche Kraft des Landrechts mit dem 1. Januar 1810 eintreten. Nach Landrechtssatz 1 aber sollen die Gesetze für den ganzen Umfang des Staatsgebiets durch die Verkündung des Staatsherrschers wirksam und von dem Augenblick für Jeden verbindlich seyn, da ihre Verkündung bekannt seyn kann. Die Verkündung des Landrechts hat aber am 1. Juli 1809 schon Statt gehabt, wie aus der Verordnung vom 3. Februar 1809 oder aus dem ersten Einführungsedikt zum Landrecht hervorgeht.

Da nun nach Landrechtssatz 6 a. das Landrecht Alles enthält, was in Bezug auf bürgerliche Rechtsverhältnisse in dem Umfange seiner Worte unmittelbar oder durch folgerichtige Ableitung gefunden werden kann, und da nach Satz 6 b. alles dasjenige, was nicht geradezu oder folgeweise im Landrecht steht, in Bezug auf das bürgerliche Recht nicht als Gesetz gelten soll, so hängt Alles von der Frage ab:

Ist in dem Landrecht ein Satz oder eine Andeutung zu finden, aus welchem hervorgeht, oder aus welchem geschlossen werden könnte, daß die von einem Offizier kontrahirte Schuld null und nichtig ist, wenn der Gläubiger nicht den Consens des betreffenden Kommandeurs oder Generals en chef hinzu nicht nachweisen kann?

Von diesem findet sich aber keine Spur im Landrecht. Der Satz 1124, welcher von der Fähigkeit handelt, Verträge zu schließen, müßte jedenfalls hiervon wenigstens eine Andeutung enthalten. Allein dergleichen ist nichts zu finden. Auch in dem Kapitel „von der Darleihe“ ist nichts von einer solchen Ausnahme zu ersehen.

Es ist somit in dem Landrecht weder ausdrücklich noch stillschweigend gesagt, daß die Offiziere ohne Consens ihrer

resp. Oberen keine Schuld kontrahiren können, folglich hat die Verordnung vom 28. November 1803 ihre Giltigkeit durch das Landrecht verloren; ja dieses hebt sogar indirekte diese Verordnung in dem Anhangssatz 186 a. c. dadurch auf, daß dieser Satz sagt:

„Kein Geistlicher, kein Kriegsmann ꝛc. kann als solcher, „wenn er Wechselgeber oder Wechselübergeber, oder „Wertherstatter wird, unter die Verbindlichkeit zu per„sönlichem Haft fallen."

Da nämlich aus diesem Satze unzweifelhaft hervorgeht, daß der Offizier Wechsel trassiren und indossiren kann, so hätte hiebei, wenn das Landrecht der Verordnung vom 28. November 1803 Geltung eingeräumt haben würde, nothwendigerweise angeführt werden müssen, daß der Offizier jedoch nur mit Consens seines Kommandeurs oder Generals en chef nach Maßgabe der Verordnung vom 28. November 1803 giltig Wechsel ausstellen könne; besonders wenn man bedenkt, daß diese Verordnung sub Nr. 4 die Offiziere für nicht wechselfähig erklärt, während durch den Landrechtssatz 186 a. c. geradezu das Gegentheil mit der einzigen Beschränkung, daß dieselbe nicht der persönlichen Haft unterworfen sind, ausgesprochen ist.

Man kann zur Aufrechthaltung der fortdauernden Giltigkeit der in Frage stehenden Verordnung seit Einführung des Landrechts sich nicht auf den Satz 6 c. berufen, wornach allgemeine Gesetze solche, welche für einzelne Gattungen von Staatsangehörigen gegeben wurden, nicht aufheben. Denn vergleicht man hiemit den Nachsatz dieser Auslegungsregel, so ist dessen Anwendung auf gegenwärtigen Fall kaum zu bezweifeln. Denn allerdings ist es die Absicht des Gesetzgebers bei Einführung des Code Napoleon gewesen, jene Verordnung vom 28. November 1803 aufzuheben, dies geht ja aus dem Landrechtssatz 6 a. hervor in Verbindung mit dem Landrechtssatz 1124 und Anhangssatz 186 a. c. Die in dem ersteren Satze enthaltene durchgreifende Regel über Vertragsfähigkeit duldet neben sich durchaus keine weitere Ausnahme, als von welcher am Ende dieses Satzes gesprochen wurde, wornach noch ferner diejenigen unfähig sind, gewisse Verträge zu schließen, denen besondere Gesetze dieses untersagen. Diese weitere Ausnahme berechtigt aber nicht, unter dieselbe ein Gesetz oder eine Verordnung zu subsumiren, von welcher das Landrecht nichts weiß, und welche vielmehr durch dasselbe abgeschafft ist.

Unter jenen „besondern Gesetzen" sind vielmehr nur die im Landrecht enthaltenen zu verstehen, weil jedes Gesetz aus sich selbst erklärt werden muß, was insbesondere bei dem Code Napoleon, als einem alle bürgerlichen Rechtsverhältnisse systematisch darstellenden und durchgreifenden Gesetzbuche, beobachtet werden muß. Nun kommt man aber nicht in Verlegenheit, um solche besondere Gesetze aus unserem Landrecht herauszufinden, durch welche noch andere Personen, als die im Landrechtssatz 1124 genannten, gewisse Arten von Verträgen untersagt sind; zum Beispiel nach Landrechtssatz 450 dem Vormund der Kauf von Gütern seines Mündels. Nach Landrechtssatz 907 kann der gewesene Mündel, auch wenn er volljährig geworden ist, seinem frühern Vormund nichts schenken, so lange die Schlußrechnung über die Vormundschaft nicht gestellt und abgehört ist. Nach Landrechtssatz 1596 dürfen abermals Vormünder, Gewalthaber, Verwalter und öffentliche Beamte gewisse Güter weder selbst noch durch Mittelspersonen durch Steigerung an sich bringen, und nach Landrechtssatz 1597 ist den Richtern, Kronanwälten, Polizeibeamten ꝛc. verboten, gewisse Prozesse an sich zu bringen. Ebenso sollen nach Landrechtssatz 1840 gewisse Personen keine allgemeine Gesellschaft mit einander eingehen können. Dieß sind die besondern Gesetze, welche gewissen Personen die Eingehung gewisser Verträge untersagen, dieselben sind aber nicht außerhalb, sondern in dem Gesetzbuche zu suchen. Man könnte zwar gegen alles dieses einwenden, daß die Verordnung vom 28. November 1803 erst durch das Gesetz vom 28. Dezember 1831, Regierungsblatt Nr. IV. vom Jahr 1832, aufgehoben worden sei. Allein aus der Aufhebung dieses Gesetzes im Jahr 1831 folgt nicht, daß dasselbe nicht schon früher seine Wirksamkeit verloren habe. Ich glaube gezeigt zu haben, daß das Gegentheil der Fall ist. —

Dürr, Advokat.

Anzeige.

Mit Nr. 26 schließt das erste und zweite Quartal des sechsten Jahrgangs dieser Zeitschrift. Preis mit Postgebühr 2 fl. 15 kr. — Da es die bestehende Posteinrichtung nöthig macht, daß das dritte und vierte Quartal, oder Juli bis Dezember 1838, aufs Neue bestellt werden müssen, so erlaube ich mir die verehrlichen auswärtigen Herren Subscribenten darauf aufmerksam zu machen und sie zu bitten, den betreffenden Postämtern möglichst schnell anzuzeigen, daß sie die Fortsetzung zu erhalten wünschen, damit keine Unterbrechung in der Zusendung eintritt.

Von den ersten fünf Jahrgängen sind noch wenige vollständige Exemplare zu haben, welche, so weit es möglich ist, noch zum wohlfeilen Subscriptionspreis abgegeben werden.

Ch. Th. Groos.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 26. Karlsruhe den 30. Juni 1838.

I.

Wie sollen Collegialurtheile zu Stande kommen?

Antwort auf die Redaktionsnote in Nr. 5 der Annalen von 1838.

Der Gegenstand ist zu wichtig, und die Gründe, welche mein scharfsinniger Freund gegen mich angeführt hat, sprechen zu sehr ad hominem, als daß ich die Erörterung für geschlossen gelten lassen könnte.

Es ist besonders das Beispiel, welches die Redaktionsnote anführt, was auf den ersten Anblick schlagend wirkt. Eine Abstimmungsmethode, die es möglich macht, daß ein Collegialurtheil zum Vorschein kommt, dessen Gesetzmäßigkeit jeder einzelne Votant bestreitet, scheint durchaus verwerflich, und ich würde mich dagegen mit wenig Erfolg auf ein von Bellot (Exposé des motifs du Code de procedure de Genève 1827) für meine Ansicht aufgestelltes Beispiel, und hundert andere leicht zu construirende beziehen, in welchen es nach der von mir bekämpften Abstimmungsmethode geschehen kann, daß das Urtheil auf faktischen und rechtlichen Voraussetzungen beruht, welche die Majorität des richtenden Collegiums durchaus für rechtswidrig hält. — Wenn vor einem Collegium von drei Votanten eine auf drei verschiedene Fundamente gestützte Klage erhoben wird, und jeder Votant ein anderes Klagfundament für gesetzlich, die von seinen Mitvotanten anerkannten aber für gesetzwidrig hält, so wird die Klage für begründet angenommen, ohnerachtet hinsichtlich jedes Klaggrundes die Majorität dessen Ungesetzlichkeit behauptet *). Oder: wenn bei sieben Votanten die Klage von sechs gegen einen für begründet, und von sechs Einreden, welche dagegen vorgebracht sind, jede durch sechs Stimmen gegen eine für unbegründet erachtet wird, so wird der Kläger einstimmig abgewiesen, ohnerachtet hinsichtlich des Klaggrundes und jeder einzelnen Einrede eine Majorität von sechs Votanten zum Vortheil des Klägers entschieden, also die Gesetzwidrigkeit dieser Urtheilsgrund-

---

*) Daß in einem solchen Falle die Klage für begründet angenommen werden müsse, habe ich in dem angefochtenen Aufsatze nicht gesagt.

Jeder der verschiedenen Klaggründe in Verbindung mit dem Petitum, welches bei allen drei Klaggründen dasselbe seyn kann, macht gewissermaßen für sich selbst eine Klage aus; denn, wenn vorerst nur einer derselben allein geltend gemacht wäre, so könnte ja nach S. 1331, wenn derselbe verworfen wäre, der andere und dann eben so der Dritte in besonderm Wege nachgebeacht werden, ohne daß eine res judicata im Wege stünde.

Hier kann nun die Stimme, die für eine Klage ist, der Stimme, die für die andere ist, nicht hinzugerechnet werden, sondern über jede Klage ist besonders zu entscheiden, und wenn nicht die Mehrheit wenigstens hinsichtlich des einen der verschiedenen Klaggründe das Petitum als begründet erkennt, so ist die ganze Klage verworfen, wogegen derselben Statt gegeben ist, wenn auch nur hinsichtlich des einen Klaggrunds das Petitum als gerechtfertigt erkannt wird.

Mit diesem Falle ist aber der andere Fall nicht zu verwechseln, bei dem es sich nicht um die Abstimmung über ein für sich bestehendes Rechtsverfolgungs- oder Vertheidigungsmittel im Ganzen, sondern nur um die einzelnen Vorfragen handelt, von deren Beantwortung die Entscheidung über ein solches selbstständiges Rechtsverfolgungs- oder Vertheidigungsmittel abhängt.

Als solche Vorfragen erscheinen überall: die rechtliche und die thatsächliche, — aber jede derselben läßt sich wieder in eine Menge weitere Vorfragen unterabtheilen.

Die rechtliche Begründung, d. h. die Frage, od aus der vorgetragenen Thatsache das angesprochene Recht gesezlich hervorgehe? — kann nach Umständen von einer Menge von Rechtsfragen, von der Auslegung verschiedener Gesezesstellen, jede solche Auslegung wieder von dem Sinne anderer Geseze und dergl. abhängen. Eben so kann die Frage, ob die Thatsachen in juristischer Gewißheit seien? — von dem Daseyn und der Giltigkeit eines abgelegten Geständnisses, von dem Inhalt und der Nechtheit einer Urkunde, von der Zuläßigkeit des vorgeschlagenen Zeugenbeweises, von der Glaubwürdigkeit der Zeugen, von dem Inhalte ihrer Aussage und von einer Menge weiterer Vorfragen abhängen.

Ueber jede einzelne dieser Feagen würde nun nach der Ansicht meines geehrten Freundes das Collgeium mit bindender Kraft für

lagen ausgesprochen hat *). Diesem und ähnlichen Beispielen wird man mit meinem verehrten Freund entgegen halten, es sei von zwei nothwendigen Uebeln das kleinere, wenn nur die Voraussetzungen des Urtheils, als wenn dieses in seinem Resultat die Majorität, oder gar die Unanimität des Collegiums gegen sich habe. — Dieser allerdings plau-

---

die Beantwortung der anderen entscheiden, d. h. jedes Mitglied hätte bei der Beantwortung der nächstfolgenden Frage die Entscheidung über die vorausgegangene, wenn es gleich dieselbe für sich anders beantwortet, als maßgebend anzunehmen, und aus der Entscheidung der einzelnen Vorfragen wäre alsdann das Resultat zu ziehen, um darnach den Streit über das in Frage stehende Rechts- Verfolgungs- oder Vertheidigungsmittel selbst zu entscheiden, während nach meiner Ansicht jedes Mitglied des Collegiums jede der gedachten Vorfragen unabhängig von der Meinung der andern Mitglieder sich selbst löst, und darnach seine Abstimmung über das Rechts - Verfolgungs- oder Vertheidigungsmittel selbst abgibt, wobei sodann die in der letztern Abstimmung zusammentreffende Mehrheit den Ausschlag gibt.

Nur über die einzelnen Rechts- Verfolgungs- oder Vertheidigungsmittel erfolgt also nach meiner Ansicht die eigentliche Abstimmung, wenn gleich auch über die, die dießfällige Entscheidung bedingenden, Vorfragen ein Austausch der Gründe erfolgt, und jede einzelne Stimme vernommen wird. D. R.

*) Auch dieß habe ich nicht behauptet. Man sehe die vorige Note *).

In so fern es sich nicht blos um Einwendungen gegen die Begründung der Klage an sich, sondern um eigentliche Einreden, um Erlöschungsgründe, d. h. um Thatsachen, durch welche die in Anspruch genommene Verbindlichkeit wieder aufgehoben wurde, also um selbstständige Vertheidigungsmittel handelt, bilden sie einen eigenen Streitgegenstand, der durch das Urtheil zu entscheiden ist. P. O. §. 370.

Ueber jede dieser Einreden ist daher besonders abzustimmen, und man kann die Stimme, die für die Begründung der einen fällt, nicht der andern zuzählen. In dem obigen Falle stünden somit sämmtliche Einreden, als durch die Mehrheit verworfen, der als begründet erkannten Klage nicht im Wege.

Um unsere eigentliche Meinungsverschiedenheit anschaulicher zu machen, will ich noch ein Beispiel anführen

Der Kläger nimmt das Recht in Anspruch, seine Wiese aus einem durch das Gut des Nachbarn fließenden Bache zu wässern.

Er gründet dieses Dienstbarkeitsrecht

1) auf einen Vertrag, welchen er mit dem Vorfahrer des Beklagten im Jahr 1803 in einer Privaturkunde errichtet habe, und

2) auf 30jährige Verjährung.

Der Beklagte widerspricht beide Klaggründe sowohl in faktischer, als in rechtlicher Hinsicht, in der letztern Hinsicht namentlich deßwegen, weil

ad 1. der Vertrag, wenn er in einer Privaturkunde (oder selbst in einer öffentlichen, aber ohne Eintrag in's Grundbuch) auch wirklich zu Stand gekommen wäre, gegen den Beklagten, als dritten Besitzer des dienenden Guts, dennoch keine Wirkung hätte,

ad 2. durch Verjährung aber die angesprochene Dienstbarkeit, als eine unständige, nach S. 891 jedenfalls nicht hätte erworben werden können.

Eventuell schützt der Beklagte noch zwei Einreden vor:

a) er habe bei dem Kauf seines Guts gegen Alle, welche dingliche Rechte darauf haben möchten, das im §. 775 der Prozeßordnung bezeichnete Aufforderungsverfahren erlassen, und der Kläger habe sein Dienstbarkeitsrecht damals nicht geltend gemacht, sei also desselben nach §. 778 verlustig;

b) in einem Vergleiche vom 12. Jänner 1837, den der Kläger mit dem Beklagten über einen Grenzstreit abgeschlossen habe, sei die Bestimmung enthalten, daß nun

„jeder Theil auf seine Rechte, die er an den dem andern Theil zugeschiedenen Gütern haben möge, Verzicht leiste."

Nehmen wir nun der Einfachheit wegen ein Collegium von drei Richtern (A, B und C) an, und setzen wir in Bezug auf die Stimmgebung derselben folgende Fälle:

I. Die Richter A. und B., gegen C., halten die auf den Vertrag von 1803 gebaute Klage für verwerflich, und eben so B. und C. gegen A. die Klage so weit sie auf die Verjährung gebaut ist.

Hier bin ich nun mit meinem Freunde einverstanden, daß der Kläger, ohne daß es weiter auf die Einreden des Beklagten ankäme, abgewiesen werden müsse, obschon A. die auf die Verjährung und C. die auf den Vertrag gebaute Klage für begründet und erwiesen hält.

Es sind dies zwei verschiedene selbstständige Rechtsverfolgungsmittel, deren jedes einen eigenen, besonders zu entscheidenden, Streitgegenstand bildet, weßhalb auch die Abstimmung über das eine, mit der Abstimmung über das andere nicht vermischt werden kann.

Die auf den Vertrag gestützte Klage ist durch die Majorität verworfen, und die auf die Verjährung gestützte Klage ist durch die Majorität ebenfalls verworfen, und die bei den beiden Entscheidungen erschienenen Minoritäten (A. und C.) können nicht zusammengerechnet werden, um eine Majorität heraus zu bringen.

II. Die auf den Vertrag von 1803 gestützte Klage, und eben so die auf das Aufforderungsverfahren gebaute Einrede, werden einstimmig für verwerflich gehalten. Dagegen halten A. und B. gegen C. die auf Verjährung gebaute Klage für gegründet und erwiesen, sodann B. und C. gegen A. die auf den Vergleich vom 12. Jänner 1837 gestützte Einrede für verwerflich.

Auch hier bin ich damit einverstanden, daß die Klage durch die Majorität für begründet erkannt, und die Einrede durch die Majorität verworfen, also nach dem Klagpetitum zu erkennen ist, indem die über verschiedene Streitgegenstände zu Gunsten des Beklagten gefallenen Stimmen von C. und A. nicht zusammengerechnet werden können.

III. Dasselbe gilt, wenn die Klage (aus dem einen oder andern Fundamente) etwa einstimmig für begründet erkannt wurde, und die Meinungsverschiedenheit sich nur hinsichtlich der beiden Einreden

übel erscheinende Satz ist es aber, welchen ich nicht anerkenne, und wenn es mir gelingen sollte, zu zeigen, daß ein Urtheil, dessen Voraussetzungen von der Majorität des Collegiums für ungesetzlich erklärt werden, kein freies vernünftiges, sondern ein unfreies vernunftwidriges, also kein Urtheil, sondern reine Willkühr ist, welches überdies den Grundsätzen

---

zeigte in der Art, daß A. und B. gegen C. die Einrede des Aufforderungsverfahrens, B. und C. gegen A. aber jene des Vergleichs für verwerflich halten.

Wenn es sich aber nicht um das Verhältniß verschiedener Streitpunkte (deren jeder nach §. 370 besonders zu entscheiden ist) unter sich handelt, sondern wenn es sich fragt:

was als die Entscheidung eines und desselben Streitpunkts anzusehen sei, sofern sich über die Gründe der Entscheidung dieses einen Streitpunkts, d. i. über die Vorfragen, von deren Beantwortung die Entscheidung desselben abhängt, — wechselnde Majoritäten zeigen?

Hier erst entferne ich mich von der Ansicht meines Freundes.

Als hieher gehörig, wollen wir von dem obigen Beispiele

IV. nur die Entscheidung über die auf den Vertrag von 1803 gebaute Klage an sich (d. h. abgesehen von den Einreden) herausheben.

Es können bei der Beurtheilung dieser Klage eine Menge Fragen erhoben werden, z. B.:

1) ob die Privaturkunde von 1803 ächt sei? —

2) ob der, einer verschiedenen Auslegung fähige, Inhalt derselben wirklich die Constituirung der angesprochenen Dienstbarkeit ausdrücke? —

3) ob eine solche Dienstbarkeit durch eine blose Privaturkunde als dingliches Recht mit Wirksamkeit gegen Dritte überhaupt constituirt werden könne? —

4) ob dazu etwa noch die Eintragung in das Grundbuch gehört hätte? —

5) ob des Beklagten Vorfahrer bei der Vertragsschließung auch wirklich Eigenthümer des belasteten Guts gewesen sei, also eine Dienstbarkeit bewilligen konnte? —

6) ob er selbst rechtsfähig gewesen sei u. s. w.? —

Man könnte alle diese Fragen noch vielfach vermehren, und man könnte jede einzelne derselben auch wieder unterabtheilen; man könnte z. B. zu 1, hinsichtlich der Aechtheit der Urkunde die weitern Vorfragen stellen:

a) ob es gewiß sei, daß die bei der Schriftvergleichung gebrauchten andern Urkunden auch wirklich von der Hand des Vorfahrers des Beklagten herrühren? —

b) ob der Ausspruch der Experten die Urkunde wirklich als ächt erkläre? —

c) ob das Gutachten nach §. 449 der Prozeßordnung gehörig begründet sei, oder etwa Widersprüche enthalte? —

d) ob der für die Aechtheit zugleich angetretene Zeugenbeweis für die Aechtheit ausgefallen sei? —

e) ob die Begutachtung der Experten und die Zeugenabhör in gesetzmäßiger Form geschehen sei? —

f) ob die vorgebrachten verschiedenen Beweiseinreden (z. B. gegen die Glaubwürdigkeit der Experten und der Zeugen) gegründet seien? —

g) ob der zum Beweise der Aechtheit eventuell zugeschobene Haupteid zuläßig, und seinem Inhalte nach erheblich sei u. s. w.? —

Auch diese Unterfragen könnten sich in's Bodenlose vervielfältigen, und jede derselben sich wieder weiter eben so unterabtheilen.

Dieselbe Theilung und Unterabtheilung könnte auch bei den oben unter Nr. 2 — 6 aufgeführten weiteren, den Vertrag von 1803 betreffenden, Fragen Statt haben, — und eben so fände die nämliche Theilung und Unterabtheilung von Fragen und Vorfragen alsdann bei den weitern Streitpunkten, nämlich bei der Verjährung der Dienstbarkeit, bei der Einrede des Aufforderungsverfahrens, und bei jener des Verzichts vom 12. Jänner 1837 Statt.

Ich will aber das Register nicht weiter fortsetzen, es genügt an den hier aufgeführten Fragen und Vorfragen, die sich bei der Abstimmung über die auf den Vertrag von 1803 gestützte Klage erheben können.

Machen wir nun auf die unter Nr. 1 — 6 aufgeführten Fragen in Betreff dieses Vertrags die Anwendung von dem Grundsatze meines Freundes, und setzen wir den Fall:

zu 1) die Richter A. und B. gegen C. halten die Urkunde von 1803 für ächt;

zu 2) A. und C. gegen B. halten ihren Inhalt für erheblich;

zu 3) B. und C. gegen A. sind der Meinung, eine Dienstbarkeit könne durch eine Privaturkunde giltig errichtet werden;

zu 4) A. und B. gegen C. halten eine Dienstbarkeitsbewilligung auch ohne Eintrag in's Grundbuch für giltig;

zu 5) A. und C. gegen B. halten für erwiesen, daß des Beklagten Vorfahrer zur Zeit der Constituirung der Dienstbarkeit Eigenthümer des belasteten Guts, und

zu 6) B. und C. gegen A., daß er bei der Vertragsschließung rechtsfähig gewesen sei.

Hier ist nun jede einzelne dieser Fragen durch die Mehrheit bejaht, daher ist nach der Ansicht meines Freundes das Erkenntniß dahin zu fällen,

daß die Klage als durch den Vertrag von 1803 begründet und erwiesen erklärt werde.

Nach meiner Meinung ist aber auszusprechen, daß die Klage verworfen sei, weil nicht nur die Mehrheit, sondern alle drei Richter einstimmig für die Verwerfung stimmen, und zwar:

A. deßwegen, weil er der Meinung ist:

zu 3) durch eine Privaturkunde könne eine Dienstbarkeit giltig nicht errichtet werden,

zu 6) und der Vorfahrer des Beklagten sei ohnehin bei der Vertragsschließung nicht rechtsfähig gewesen; —

B. deßwegen, weil er annimmt:

zu 2) die Urkunde von 1803 enthalte gar keine Dienstbarkeitserrichtung,

zu 5) und ohnehin sei des Beklagten Vorfahrer zur Zeit der Vertragsschließung gar nicht Eigenthümer des belasteten Guts, zu einer Dienstbarkeitsbewilligung also auch nicht berechtigt gewesen; — endlich

des Collegialsystems geradezu widerspricht, so dürfte mir der Sieg kaum fehlen.

Jedes Urtheil ist ein **Willensakt**, und fordert demnach zu seinem Begriffe die Freiheit des urtheilenden Subjekts, d. h. der urtheilende Wille soll nur durch sich **selbst**, d. h. durch von **ihm** anerkannte vernünftige Gründe, bestimmt seyn.

Bei Collegialgerichten ist das urtheilende Subjekt ein durch die Zusammenwirkung mehrerer Individuen zu bildender Wille. Da nun auch dieses Zusammenwirken der Einzelnen in einem Urtheile besteht, so nehmen auch die Einzelnen Willen, Freiheit, d. h. Selbstbestimmung im Urtheile für sich in Anspruch, wenn nun beim Urtheilsgeschäfte die Freiheit des Einzelnen mit jener des Gesammtcollegiums in Conflikt kömmt, so frägt es sich, welche von beiden nachstehen müsse; die Entscheidung dieser Frage findet sich in dem ganz allgemein gültigen Grundsatze, daß die Freiheit des Einzelnen nicht weiter geltend gemacht werden kann, als in sofern daneben die Freiheit der Gesammtheit bestehen kann.

Wenn es nun aber nicht allein eine Forderung unserer positiven Gesetzgebung, sondern auch eine unabweisbare Forderung der Vernunft ist, daß das Collegium sein Urtheil aus **Gründen** schöpfe, da dieses Urtheil nur dann ein **freies** ist, wenn die Gründe dem urtheilenden Subjekte, d. h. dem Collegium **eigen**, also ihm weder von außen her, noch von Einzelnen aus seiner Mitte aufgedrungen sind, so ist es klar, daß die Freiheit der einzelnen Votanten, und die des Gesammtcollegiums nur in der Weise neben einander bestehen können, wenn zuerst durch Separatabstimmungen,

---

C) deßwegen, weil er dafür hält:

zu 1) die Vertragsurkunde von 1803 sei nicht ächt,

zu 4) und überdies sei der Vertrag wegen mangelnden Grundbucheintrags gegen Dritte unwirksam.

Jedes der drei Mitglieder stimmt also, wenn man dasselbe über die auf den Vertrag von 1803 gebaute Klage im Ganzen abstimmen läßt, für Verwerfung derselben, und zwar jedes aus einem doppelten Grunde. Da jedoch hinsichtlich seiner Gründe die andern Mitglieder eine andere Ansicht haben, so ergibt sich, wenn über die einzelnen Gründe abgestimmt wird, und man diese Abstimmungen als maßgebend zusammenhält, ein entgegengesetztes Resultat. In wechselnden Majoritäten verstricken sich die einzelnen Mitglieder bei Abstimmung über die Gründe oder Vorfragen in der Art, daß sich durch diese Verstrickung bei Verfolgung der einzelnen Abstimmungen, endlich in Bezug auf den zu entscheidenden Streitpunkt selbst (hier in Bezug auf die auf den Vertrag von 1803 gestützte Klage), ein Resultat ergibt, welches keines der Mitglieder haben will.

In gleicher Weise könnten sich bei Beantwortung der unter Nr. 1 bis 6 aufgeführten Fragen schon in Bezug auf die jeder Frage vorausgehenden Unterfragen (wie deren oben unter a — g aufgeführt sind) verschiedene Ansichten feststellen, so daß die Mehrheit sich etwa schon die einzelne Frage (Nr. 1 — 6) in der That anders beantwortet, als wenn man über die ihr vorausgehenden einzelnen Unterfragen abstimmen läßt, und nach Maßgabe dieser Abstimmungen die Fragen Nr. 1 — 6 selbst beantwortet. Man könnte auch noch weiter gehen, und eine der gedachten Unterfragen wieder weiter unterabtheilen, und durch einzelne Abstimmungen über diese unterabgetheilten Unterfragen die Unterfragen (a — g) selbst erst beantworten.

Nach der Theorie meines Freunds gibt es hierin keine Grenze. Das entfernteste Moment, worüber sich eine Meinungsverschiedenheit zeigt, wird zuerst durch Abstimmung festgestellt, und dann von Stufe zu Stufe vorgeschritten, bis man durch die mannigfaltigsten Majoritäten bei dem zu entscheidenden Streitpunkte selbst ankommt.

Selbst die Entscheidung einer Rechtsfrage für sich allein kann von den mannigfaltigsten Vorfragen abhängen, namentlich von vielen Auslegungsregeln, von allgemeinen Grundsätzen, unter welche die spezielle Frage subsumirt wird, von dem Sinne von Parallelstellen, von Analogieen u. s. w.

Ueber alle diese Vorfragen müßten die Majoritäten entscheiden, um daraus nach Maßgabe dieser einzelnen Entscheidungen zur Beantwortung der Rechtsfrage selbst zu gelangen, welche alsdann erst in der Sache selbst einen direkten, oder vielleicht selbst nur wieder einen indirekten, Einfluß hätte.

Nach meiner Meinung dagegen macht diese ganze Operation nur jeder Richter für sich selbst, und erst wenn man bei demjenigen anlangt, was für die **Parteien selbst** zu entscheiden ist, nämlich bei der Frage: ob dieser oder jener (auf irgend ein eigenes Fundament gebaute) Anspruch, oder diese oder jene Befreiung von demselben anzuerkennen sei? — zähle ich die einzelnen Stimmen als entscheidend.

Zum Schlusse noch ein kleines Beispiel in einer **Strafsache**.

Jemand soll aufrührerische Schriften verbreitet haben. Er läugnet es. Die drei Richter A., B. und C. sollen nun über seine Verurtheilung abstimmen. Es fragt sich dabei, ob der Inhalt der verbreiteten Schriften wirklich aufrührerisch sei, und ob der Inculpat der Verbreitung derselben überführet sei?

A. und B. bejahen gegen C., daß die verbreiteten Schriften einen aufrührerischen Inhalt haben.

B. und C. bejahen gegen A., daß der Inculpat als der Verbreiter überwiesen sei.

Nach meines Freundes Theorie wird der Inkulpat nun verurtheilt:

weil durch (wechselnde) Majoritäten **beide** Erfordernisse, der objektive und der subjektive Thatbestand, als hergestellt erklärt sind; —

nach meiner Ansicht wird er frei gesprochen, weil die Majorität (A. und C.) im **Resultat** eine Freisprechung haben will, und zwar:

A. **deßwegen**, weil nicht bewiesen sei, daß der Inkulpat die Schriften verbreitet habe,

C. **deßwegen**, weil die Schriften nichts Aufrührerisches enthalten.

D. R.

die Voraussetzungen des Gesammturtheiles festgestellt werden, und wenn hierbei den einzelnen Votanten volle Urtheilsfreiheit in sofern eingeräumt wird, als solche mit der für die Urtheilsfreiheit des Gesammtcollegiums nothwendigen Festhaltung der im Laufe der Berathung von der Majorität bereits entschiedenen Vorfragen bestehen kann *).

Dieser Gang ist auch mit dem Geist des Collegialsystems allein vereinbar, denn wenn dieses System auf der vernünftigen Unterstellung beruht, daß bei mehreren mit ungefähr gleichen Urtheilskräften versehenen Individuen die Vernunft und das Recht sich immer auf Seiten der Mehrheit befinden werde, so streitet wohl auch die Vermuthung nur dafür, daß trotz der widersprechenden Ansicht Einzelner die Entscheidungen der Mehrheit über die abgesonderten That- und Rechtsfragen der Vernunft und dem Rechte angemessen seien.

Wenn in dem von der Redaktion angeführten Falle von neun Votanten sechs gegen drei die Klage für rechtlich begründet, sechs gegen drei die Beweismittel für zulässig, und dann wieder sechs gegen drei die geführten Beweise für erheblich, und wenn in dem von mir konstruirten Falle unter sieben Votanten sechs gegen einen die Klage für begründet, und wieder sechs gegen einen jede Einrede für unbegründet halten **), so streitet die dem Collegialsystem zu Grund liegende Vermuthung dafür, daß in allen diesen Prämissen des Urtheilsspruches dem Kläger das Recht zur Seite stehe, und dieses ist auch allein das wahre Urtheil des Collegiums als solchen; der Ausspruch, daß die Klage abzuweisen sei, wäre zwar ein auf freier Selbstbestimmung aus Gründen beruhender Ausspruch jedes Einzelnen, allein von Seiten des Collegiums wäre er ein unfreier willkührlicher Ausspruch, weil dieses in seiner Majorität nicht durch seine eigenen, sondern durch ihre von einer Minorität aufgedrungenen Gründe bestimmt wäre. — Mit dem Resultat der Verurtheilung des Beklagten, welches hier aus meiner Abstimmungsmethode hervorginge, wäre zwar auch keiner der sieben Votanten einverstanden, aber ein Jeder müßte zugestehen, daß es auf der Uebereinstimmung von sechs Stimmen gegen eine beruhe, während das entgegengesetzte von meinem Freund für recht gehaltene Resultat nur in einem unbedingten Widerspruche aller sieben Votanten seine trügerische Begründung hätte. —

Kann man nun unter so bewandten Umständen geradehin sagen, die alte Art der Abstimmung sei unter zwei nothwendigen Uebeln das geringere? Soll das Uebel wirklich geringer seyn, wenn die Entscheidungen der Richter durch den Weg, auf welchem sie zu Stande kommen, den Charakter der Urtheile, nämlich der freien konsequenten Folgerung aus Gründen, ganz und gar verlieren; als wenn ein Weg eingehalten wird, auf welchem Entscheidungen zu Stande kommen können, deren Gesetzmäßigkeit im Resultat von vielen oder allen Gerichtsmitgliedern bezweifelt wird ***)? Ich glaube dieses so wenig, als ich glaube, daß bei einem Richterspruche über einen 100 fl. betragenden Prozeß die 100 fl. das Wesen ausmachen, und das Recht, welches in denselben geltend gemacht werden soll, nur als eine wesentliche Nebensache zu betrachten sei, umgekehrt halte ich vielmehr beim Rechtsprechen das Recht für die Hauptsache, und dieses kann nicht in einem unfreien blinden Ab- oder Zusprechen der 100 fl., sondern allein in einer folgerichtigen Anwendung der passenden Gesetze auf den gegebenen Fall

*) Wir drehen uns hier stets im Kreise herum. Wenn es wahr wäre, daß das Collegium als eine Einheit das Urtheil aus Gründen zu schöpfen, d. h. bei der Beantwortung der Vorfragen und bei den stufenweis daraus zu machenden Folgerungen schon als eine Einheit zu verfahren hätte, — so wäre allerdings eine von der Mehrheit festgestellte Vorfrage für die Beantwortung der weitern Fragen maßgebend. Aber eben jene Voraussetzung ist es, welche vorerst zu erweisen wäre. Es wäre nämlich zu erweisen, daß das Collegium bei den einzelnen Vorfragen in Aufsuchung des Urtheils Schritt für Schritt als Collegium, d. h. als eine Einheit zu handeln habe, statt daß nach der bisherigen Ansicht dieses Urtheilsgeschäft Sache jedes Einzelnen für sich allein ist, und das collegialische Beschließen nur darin besteht, daß die Aussprüche aller Einzelnen, wie sie dieselben auf verschiedenem Wege gefunden haben, zusammengezählt und darnach für das über jeden Streitgegenstand (nämlich über jedes Rechts-, Verfolgungs- oder Vertheidigungsmittel) zu erlassende Urtheil selbst die Mehrheit bestimmt werde.

Ob die eine oder die andere dieser Voraussetzungen die richtige sei, — darüber will ich mich hier nicht mehr einlassen, ich berufe mich diesfalls auf die Note in Nr. 5. — Aber so viel ist klar, daß alle von meinem Freunde gerügten Inkonsequenzen und gezogenen Folgerungen nur alsdann vorhanden sind, wenn vorerst die Richtigkeit seiner Voraussetzung, daß das Collegium nicht blos bei den Urtheilen über die einzelnen Streitgegenstände selbst, sondern schon bei den einzelnen Vorfragen in Aufsuchung dieses Urtheils Schritt für Schritt als Einheit zu handeln habe, aus den Gesetzen nachgewiesen ist. D. R.

**) Man sehe oben die Note S. 162 (*), wornach dieser Fall von dem erstern wesentlich verschieden ist. D. R.

***) Dies hängt wieder von der in der vorletzten Note (*) erwähnten Voraussetzung ab, ob das Collegium beim Urtheilsgeschäft, d. h. bei der „freien konsequenten Folgerung aus Gründen“ Schritt für Schritt als Collegium, d. i. als eine Einheit zu verfahren habe, oder ob dieses Urtheilsgeschäft Sache jedes einzelnen Mitglieds für sich allein sei und das kollegialische Beschließen nur darin bestehe, daß die (auf verschiedenem Wege gefundenen) Aussprüche aller Einzelnen zusammengezählt und darnach für das Urtheil selbst die Mehrheit bestimmt werde. D. R.

bestehen, damit aber diese Anwendung keine blinde Willkühr sei, muß sowohl die Festsetzung der zu beurtheilenden Thatsachen und der anzuwendenden Rechtssätze, als die Folgerung aus diesen Prämissen vom urtheilenden Subjekt selbst — also bei Collegien von der Majorität — vorgenommen werden.

Nur das so gewonnene Resultat ist das vernünftige formelle Recht, ob auch viele oder wenige Individuen in oder außerhalb dem Richtercollegium mit dem Resultat oder den Prämissen nicht einverstanden seien, und dieses allein ist das gesetzmäßige Recht, denn das Gesetz ist nur scheinbar etwas objektiv Ausgemachtes, es bedarf bei jeder Anwendung auf den konkreten Fall der Anerkennung des anwendenden Richters, es muß in dessen Willen übergehen, und so wie es sich in diesem Willen des Richters ausspricht, ist es das wahrhafte geltende Gesetz, wie auch immer andere vom Staat nicht mit der Richtergewalt versehene Individuen dasselbe Gesetz auslegen mögen.

Ich habe mich also wohl vielleicht zu großer Kürze, nicht aber der Oberflächlichkeit schuldig gemacht, wenn ich am Schluß meines vorigen Aufsatzes bemerkte, das der mit der vorgeschlagenen Abstimmungsmethode verbundene Uebelstand allem formellen Recht gemeinschaftlich sei. Der unausweichliche Mangel alles Rechts ist nämlich, daß es nur als konkretes oder formelles wirklich wird, was allein dadurch geschieht, daß das zuerst nur als etwas objektiv Allgemeines aufgefaßte Gesetz durch den Uebergang in den Willen des Richters auch subjektiv wird, und dadurch, bei aller scheinbar noch so festen objectiven Bestimmtheit, unvermeidlich an der Unbestimmtheit und Wandelbarkeit des Subjekts Theil nimmt, gleichviel ob dieses Subjekt ein Individuum oder ein Collegium sei. Trefurt.

II.

Bedarf es zur Begründung einer Besitzklage wegen Störung im Licht- und Fensterrecht durch Verbauung der Lichtöffnungen der Beibringung eines Rechtstitels? Zur Erläuterung eines Rechtsfalles.

Die aufgeworfene Frage scheint zwar nach Prozeßordnung §. 747, verglichen mit L. R. S. 688 Abs. 2 eine ganz unbestrittene zu seyn, da sie nach dieser Stelle unbedingt verneint werden muß; wenn man sich aber erinnert, daß französische Juristen, wie Merlin, Toullier und Pardessus (man sehe die Rechtsfälle von Laukhard, II. Band, pag 332 et seqq.) die Behauptung aufstellen, daß zwischen einem Lichtrecht und dem Recht zu verlangen, daß der Nachbar in einer gewissen Entfernung nicht bauen dürfe, unterschieden werden müsse, und daß ersteres Recht nur dann gegen seinen Nachbar, welcher durch einen Bau dasselbe versperren will, geltend gemacht werden könne, wenn man zugleich nachweise, daß man auch das letztere Recht gegen denselben erworben habe, ausgenommen, man habe das Lichtrecht durch Vertrag und nicht allein durch Verjährung erworben: so dürfte es sich schon der Mühe lohnen, diese Frage näher zu erörtern, besonders, da dieselbe kürzlich von einem Amt bejahend entschieden wurde.

Der Fall ist dieser: der Bürger D. behauptete in seiner Besitzklage: er habe das Licht- und Fensterrecht an seinem auf die Hofraithe der H. Wittwe anstoßenden Hintergebäude durch dreißigjährige Verjährung erworben, in diesem Rechte sei er aber vor wenigen Tagen gestört worden, indem die H. Wittwe eine Mauer aufzubauen angefangen habe, wodurch das Kellerloch und noch wenigstens drei Fenster an seinem Hintergebäude ganz verbaut würden. Er verlangte daher, daß er in seinem durch Verjährung erworbenen Licht- und Fensterrecht geschützt und der Beklagten aufgegeben werde, die angefangene Mauer niederzureißen. In der Klage wurde noch bemerkt, daß allem Vermuthen nach das fragliche Licht- und Fensterrecht durch einen Vertrag entstanden seyn müsse, wofür einige thatsächlichen Verhältnisse angeführt wurden.

Das Amt, welches die angestellte Besitzklage verwarf, ging nämlich von der Ansicht aus, daß Jemand, welcher im Besitze eines Licht- und Fensterrechts gegen denjenigen geschützt werden will, welcher ihm dieses verbaue, nicht sowohl im Besitze des Licht- und Fensterrechts — der servitus luminum — sondern vielmehr in der servitus ne luminibus officiatur geschützt zu werden verlange. Das Drehen des letztern Rechts besteht aber darin, daß der Nachbar durch Verbauen das Licht dem Eigenthümer eines praedii dominantis nicht entziehe; dies sei aber eine zwar selbstständige, jedoch verborgene Dienstbarkeit, welche nach L. R. S. 691 durch Verjährung nicht erworben werden könne, weßhalb nach §. 747 der Prozeßordnung die Beibringung eines Rechtstitels über die Erwerbung der Dienstbarkeit nothwendig sei, welcher nicht vorhanden wäre.

Ich kann mich jedoch von der Richtigkeit dieser Ansicht nicht überzeugen, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Nach L. R. S. 688 Abs. 2 ist eine Aussichtsgerechtigkeit eine selbstständige, folglich ist dieses auch das Licht- und Fensterrecht, weil beide Rechte unter den allgemeinen Begriff von Aussicht fallen und ihrem Begriffe nach zu ihrer Ausübung des Zuthuns eines Menschen nicht bedürfen. Nach L. R. S. 689 Abs. 1 ist aber ein Licht- und Fensterrecht eine offene Gerechtigkeit, weil dasselbe sich durch äußere Anlagen ankündigt, dasselbe kann daher nach L. R. S. 690 durch Verjährung erworben werden. Das Wort „Lichtrecht" hatte nun zwar verschiedene Bedeutungen (man

sche Runde, deutsches Privatrecht §. 281, Eichhorn, deutsches Privatrecht, zweite Auflage §. 183, Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts, vierte Auflage §. 149); jetzt aber versteht man darunter nichts anderes, als das Recht, zu verlangen, daß mir der Nachbar meine Fenster oder meine Lichtöffnungen nicht verbaue. Daß dieses der richtige Begriff von Fenster- oder Lichtrecht ist, bestätigt Brauer ad art. 680 a.

Wenn ich also ein Fenster- und Lichtrecht geltend mache, so verlange ich nach dem richtigen Sprachgebrauch das Recht, daß mir der Nachbar meine Fenster und mein Licht nicht verbaue; welches Recht aber gezeigtermaßen eine offene, selbstständige Gerechtigkeit ist.

2) Nach L. R. S. 690 werden offene und selbstständige Gerechtigkeiten auf zweierlei Weise erworben, nämlich entweder durch Vergünstigung, d. h. Vertrag oder durch dreißigjährigen Besitz. Beide Arten der Erwerbung sind somit vollgültige Rechtstitel für dieselben und sind sich somit an Wirksamkeit völlig gleich. Wer aber durch einen Vertrag das Fenster- oder Lichtrecht erwirbt, der kann gewiß von seinem Mitkontrahenten verlangen, daß er ihm dieses Recht nicht entziehe: dieses würde aber geschehen, wenn derselbe vor die Fenster eine Mauer aufführen dürfte. Muß nun aber derjenige, welcher durch Vertrag das Fenster- und Lichtrecht erworben hat, in seinem Rechte geschützt werden, so muß eben deßwegen auch demjenigen dieser Schutz zu Theil werden, welcher das fragliche Recht durch dreißigjährigen Besitz erworben hat, und zwar um so mehr, als ein Besitz von solcher Dauer die Vermuthung für sich hat, daß der Nachbar entweder diesen Besitz gebilligt hat, oder daß in frühern Zeiten ein Vertrag bestand, dessen Existenz aber wegen Länge der Zeit nicht bewiesen werden kann.

Hiernach kann die Frage: Ob derjenige, welcher ein Fenster- und Lichtrecht behauptet, von seinem Nachbarn verlangen kann, daß er ihm dieses nicht verbaue? mit aller Sicherheit nach badischem Rechte entschieden werden, ohne zu dem römischen Rechte seine Zuflucht nehmen zu müssen, was übrigens nach L. R. S. 4 b. nicht einmal als Entscheidungsquelle benutzt werden darf, und um so weniger eine solche abgeben könnte, als die Unterscheidung zwischen servitus luminum und ne luminibus officiatur unser Landrecht nicht kennt, und als ferner die servitus luminum des römischen Rechts, welche darin bestanden haben soll (bekanntlich sind die Romanisten über das Wesen derselben nicht einig, man vergleiche Vinnius ad §. 1 institutionum de servitutibus praed.) daß man gegen den Nachbar das Recht hatte, von diesem zu verlangen, daß er eine Schattenanlage nicht wegnehme, bei uns nicht leicht vorkommt, bei den üppigen Römern aber und in dem heißen Italien eine praktische Bedeutung gehabt haben mag.

Es steht daher zu erwarten, daß die aufgeworfene Frage, wenn sie zur Beurtheilung an das Obergericht kömmt, verneinend entschieden werden wird.

Dürr, Advokat.

Anmerkung der Redaktion. — In Bezug auf die hier erörterte Frage hat das Oberhofgericht in mehreren Fällen (auch in neuerer Zeit) folgende Grundsätze angenommen.

Nach S. 544, so wie nach S. 552 kann Jeder sein Eigenthum überbauen, wie er es für gut findet, so weit nicht die Baupolizeiordnungen oder ein Dienstbarkeitsrecht des Nachbarn im Wege steht. Die ersteren gehören nicht hierher, und es handelt sich hier nur um die Beschränkungen durch die im obigen Aufsatze erwähnten Dienstbarkeiten.

In dieser Beziehung gibt nun

1) der Satz 678 dem Nachbarn das gesetzliche Dienstbarkeitsrecht, daß der Eigenthümer, wenn er sein Eigenthum in einer Entfernung von weniger als 6 Fuß von des Nachbars Gut überbaut, keine Fenster zu einer (in gerader Richtung auf das Nachbargut gehenden) Aussicht anbringen darf.

Hat der Eigenthümer solche Aussichtsfenster angebracht, so kann der Nachbar vermöge des S. 678 die Vermaurung derselben fordern, es sei denn, daß der Eigenthümer das Recht zu dieser Aussicht durch Vertrag oder durch Verjährung bereits erworben habe.

Daß nämlich dieses, der gesetzlichen Regel des Satzes 678 entgegenstehende, Recht, Aussichtsfenster zu haben, auch durch Verjährung erworben werden könne, unterliegt keinem Zweifel, da der S. 688 Abs. 1 diese Aussichten als selbstständige Dienstbarkeiten, und der S. 689 Abs. 1 die dazu dienenden Fenster als Merkmale einer offenen Dienstbarkeit erklärt.

Unabhängig hievon ist aber

2) die Frage, ob der Eigenthümer, welcher das Recht zu solchen Aussichtsfenstern gegen die Regel des S. 678 durch Verjährung oder durch Vertrag erworben hat, zugleich das Recht habe, dem Nachbarn nun auch das eigene Ueberbauen seines Guts zu untersagen?

Diese Frage muß verneint werden, wenn nicht diese weitere Befugniß noch besonders erworben wurde.

Der Nachbar, der es (vertragsmäßig oder durch dreißigjähriges Stillschweigen) geschehen ließ, daß der andere Eigenthümer Aussichtsfenster gegen sein Gut anbringe und besitze, hat dadurch die nach S. 678 ihm sonst zugestandene Befugniß verloren, die Entfernung dieser Aussichtsfenster zu verlangen; aber damit hat er noch nicht auch das durch andere Gesetze, nämlich durch die S. 544 und 552, ihm gewährte weitere Recht verloren, sein Eigenthum selbst zu überbauen.

zwar geht demjenigen, der Aussichtsfenster hat, die Aussicht verloren, wenn der Nachbar überbaut; aber dem letztern kommt dabei der Rechtssatz zu Statten: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.

Wer den Besitz von Aussichtsfenstern verjährt hat, mag sich ihrer, ohne daß er nach S. 678 zur Entfernung derselben noch angehalten werden könnte, beliebig bedienen, so lang sie physisch ihm eine Aussicht gewähren. Wenn aber der Nachbar baut, so werden ihm die Fenster, wenn er auch sein Recht dazu (dem S. 678 gegenüber) bewahrt, durch die Natur der Sache werthlos.

Dieses Ueberbauen selbst kann er aber nur hindern, wenn er auch hierzu (und nicht bloß zum Besitze seiner Fenster) das Recht erworben hat. In tantum praescriptum, in quantum possessum. In Bezug darauf, daß der Andere nicht überbaue, ist das Anbringen von Fenstern keine Besitzhandlung; der Andere ist durch diese Fenster zwar in dem nach S. 678 ihm zukommenden Recht, aber nicht in dem Rechte, selbst zu bauen (S. 544 und 552) gestört, die Duldung könnte also nur in der ersteren, und nicht auch in der letztern Hinsicht nachtheilige Konsequenzen haben *).

Uebrigens ist das Recht, den Nachbarn am Ueberbauen zu hindern, im Schlußsatze des S. 689 ausdrücklich als eine verborgene Dienstbarkeit bezeichnet und kann eben deßwegen nach S. 691 durch Verjährung gar nicht erworben werden.

D. R.

*) Der Umstand, daß nach S. 680 a. derjenige, welcher gegen ein Allmendgut Fenster angebracht hat, nach der Veräußerung des Allmends an Privaten beiderlei Rechte geltend machen kann, daß er nämlich nicht bloß seine Fenster behalten, sondern sogar den Käufer des Allmends am Bauen in einer Nähe von 6 Fuß hindern kann, steht hier nicht entgegen. Es ist dies eine singuläre Bestimmung, die auf der Eigenschaft des Allmends beruht und sehr billig ist. Es folgt aber daraus nicht, daß auch in andern Fällen derjenige, der das Recht zu Fenstern erworben hat, zugleich die weitere Dienstbarkeit, den Nachbarn am Bauen zu hindern, besitze.

D. R.

III.

Einige Bemerkungen zu dem Aufsatze in Nr. 16 der Annalen IV., über die Anwendung des §. 471 der Prozeßordnung.

Die in dem bezeichneten Aufsatze niedergelegte Ansicht des großherzoglichen Amts scheint nicht ganz richtig und durch die Prozeßordnung nicht unterstützt zu seyn; denn:

a) Kein Gesetz verbindet den Anwalt, für seine Partei Prozeßkosten zu bezahlen, wenige Fälle ausgenommen, vielmehr ist in Bezug auf Taxen und Sporteln durch Verordnung großherzoglichen Justizministeriums vom 8. August 1834, Regierungsblatt Nr. 36, das Gegentheil ausgesprochen, und hinsichtlich der Prozeßkosten anderer Art folgt aus der allegirten Verordnung, verglichen mit Artikel XV. der Advokatenordnung, ebenfalls, daß solche nicht von den Anwälten erhoben werden dürfen. An den Anwalt konnte daher höchstens nur die Verfügung erlassen werden, es habe seine Partei die nöthige Geldvorlage zu machen.

b) Die Ansicht, es könne der Richter auch da, wo die Prozeßordnung kein Präjudiz statuirt hat, ein solches angedroht und realisirt werden, widerspricht dem §. 653 der Prozeßordnung, denn hiernach kann als Folge der Versäumung einer Prozeßhandlung nur diejenige vom Richter angedroht und realisirt werden, welche durch das Gesetz bestimmt ist. Ein solches Präjudiz ist (wenn man es so nennen will) im §. 471 der Prozeßordnung in den Worten enthalten „ehe der Zeuge vorgeladen wird.“ Hiernach soll der prokurirte Zeuge nicht eher vorgeladen werden, als bis die Reise- und Aufenthaltskosten hinterlegt sind; dieses, und nur dieses Präjudiz ist also dem Producenten zu machen.

Freilich kann der Producent den Gang des Rechtsstreits durch Nichtvorlage der Kosten, welche durch die Vernehmung der Zeugen entstehen, aufhalten; allein darauf kann man weiter nichts entgegnen, als „ita lex scripta.“ Der Produkt wird daher nach §. 802 der Prozeßordnung drei Jahre abwarten und nach Ablauf dieser Zeit auf Erlöschung des Rechtszugs antragen müssen *).

R.

*) Dies kann unmöglich der Sinn des Gesetzes seyn, sonst könnte der Beklagte sich seiner Verurtheilung ganz willkührlich entziehen. Er dürfte nur zum Beweise seiner Einreden, z. B. der Einrede der Zahlung, sich auf außer dem Gerichtsbezirk wohnende Zeugen berufen, und die dießfallsigen Kosten nicht hinterlegen, dann müßte der Kläger als Produkt drei Jahre zuwarten und könnte dann auf Erlöschung des Rechtsstreits antragen, könnte aber in alle Ewigkeit nicht zu einem Erkenntnisse über seine Klage gelangen.

Wenn der Beweisführer den Beweis innerhalb der ihm anberaumten Frist anzutreten hat, so hat er ihn auch so anzutreten, daß derselbe erhoben werden kann, überhaupt so, wie das Gesetz es vorschreibt, also bei auswärtigen Zeugen nach §. 471 mit Hinterlegung der Reisekosten oder mit einer Nachweisung, daß der Zeuge diese Hinterlegung nicht verlange.

Unterläßt er dies, und der Richter gibt ihm auf, es innerhalb einer kurzen Frist nachzuholen, so ist dies nur eine neue Frist zur Verbesserung der Beweisantretung. Erfolgt diese Verbesserung wieder nicht, so ist denn der Zeugenbeweis in gesetzlicher Weise gar nicht angetreten, und es erfolgt die Verfügung, welche die Gesetze für den Fall vorschreiben, da der non rite angetretene Zeugenbeweis gar nicht angetreten worden wäre.

D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 27. Karlsruhe den 7. Juli 1838.

I.

Ueber die Frage: Darf eine in der Behauptungsschrift enthaltene Klagänderung von Amtswegen unberücksichtigt bleiben, auch wenn der Gegner sich darauf einläßt?

Dieselbe Frage läßt sich natürlich bei allen im §. 348 der Prozeßordnung bezeichneten Veränderungen stellen und wird bei allen jedenfalls auf gleiche Weise beantwortet werden müssen; eben darum genügt es, bei einer zu versuchenden Erwägung der in Betracht zu ziehenden Gründe den wichtigsten der angedeuteten Fälle, den einer in der Replikschrift nachgetragenen sogenannten mutatio libelli ausschließlich im Auge zu behalten.

Für die Ansicht, daß ein Mangel aus der Kategorie des §. 344 der Prozeßordnung selbst nicht durch den Verzicht des Gegners, welcher geneigt wäre auf die gleichsam neue Klage in seiner Duplik sich einzulassen und darüber zu verhandeln, geheilt werden könne, der Richter vielmehr in seiner endlichen Aburtheilung lediglich die ursprüngliche Klage, die derselben zu Grunde liegenden Thatsachen und das dawider gerichtete Vorbringen des Gegners berücksichtigen dürfte — für diese Ansicht hat man die Betrachtung geltend machen wollen, daß ansonst der Richter der Willkühr der Parteien Preis gegeben sei, daß der Richter auf keine Weise sich könne gefallen lassen, daß seine Aufmerksamkeit für ein klägerisches Vorbringen in Anspruch genommen werde, von welchem nachher in den weiteren Verhandlungen beide Parteien auf ein ganz verschiedenes punctum litis absprängen. Das Schutzmittel gegen einen derartigen Mißbrauch der richterlichen Bemühungen soll nach dieser Ansicht eben darin zu finden seyn, daß man die Worte des §. 344 der Prozeßordnung „Mängel ——— können verbessert werden ꝛc. ꝛc. ——, in so fern“ strictissime auslegt, und dann argumento a contrario beweist, daß nun im entgegenstehenden Falle, sobald nämlich der Gegner sich schon auf die Klage eingelassen hat, eine weitere Aenderung derselben schlechthin unzuläßig sei. Zur Unterstützung dieser Begründung der aufgestellten Ansicht wurde sich weiter auf Prozeßordnung §. 1221 Nr. 3 und 5 berufen.

Alles dieses vermochte den Unterzeichneten nicht zu überzeugen; da es ihm interessant seyn würde, die gemeine Meinung über diesen Punkt kennen zu lernen, so erlaubt er sich, seine Gegengründe in Kurzem anzudeuten.

1) Es ist anerkanntermaßen allezeit gefährlich a contrario zu schließen, weil die Beweiskraft des dorther genommenen argumenti immer auf der Voraussetzung beruht, daß der Gesetzgeber so pregnant habe reden wollen, daß er mit ausdrücklicher Bejahung des einen Falles zugleich alle andern als stillschweigend verneint habe betrachten müssen wollen. Einer solchen ganz urgirenden Auslegung des §. 344 der Prozeßordnung steht aber in diesem Falle

2) der §. 346 im Wege. Denn wenn das Gesetz hier den Beklagten nun für „nicht schuldig“ erklärt, auf eine Klagänderung sich einzulassen, so kann man wohl mit noch größerm Recht argum. a contrario annehmen, daß es dem freien Willen desselben habe anheimstellen wollen, sich einzulassen, oder nicht. Wenn die Einlassung (in der Duplik nämlich) auf eine Klagänderung von dem Gesetz als eben so unzuläßig betrachtet würde, als diese Klagänderung an und für sich selbst, würde es statt dem: „nicht schuldig“ heißen: „kann sich der Beklagte nicht wirksam einlassen.“

3) Der angedeutete Grund für die entgegenstehende Ansicht, als werde dem Richteramte zu nahe getreten, wenn der Beklagte, statt den Kläger vielleicht zur Anstellung einer neuen Klage zu nöthigen, sich freiwillig auf dieselbe einläßt, wie sie in der Replik in allen ihren Beziehungen erscheint, — dieser Grund reicht zu weit, und ist deßhalb ohne beweisende Kraft. Denn was wird damit gewonnen, wenn der Kläger, welcher im spätrern Verfahren erst erkennt, daß seine Klage fehlerhaft angestellt sei, genöthigt wird, den Prozeß fallen zu lassen und eine neue Klage zu erheben; — hat auf diese Art seine Frivolität oder Dummheit dem Richter weniger unnöthige Mühe ver-

ursacht, als wenn mit Einwilligung des Gegners von der Replik aus auf ein neues Fundament weitere Verhandlungen gebaut worden wären?

4) Sollte aber der §. 1221 der Prozeßordnung wirklich unzweideutiger als der §. 344 alles verspätete Vorbringen im Sinne des §. 348 als absolut unzuläßig abweisen, so dürfte dies einen besondern Rechtfertigungsgrund darin haben, weil sogar im Interesse der Partrien selbst dafür gesorgt werden muß, daß des höheren Richters sparsam in Anspruch zu nehmende Thätigkeit nicht auf Gegenstände verwendet werde, welche eine leichtere und wohlfeilere Erledigung durch eine Verhandlung vor dem Richter erster Instanz hätten erhalten können; weßhalb eine Prorogation an das Obergericht durchaus nicht überall gestattet werden durfte (Prozeßordnung §. 33) und zum wahren Nutzen der Parteien kein Verzicht auf die untere Instanz angenommen werden soll, wenn dieselben, gegen die Vorschrift des §. 1221 Nr. 3 und 5 anstoßend, über ganz neue Fundamente, unter dem Namen und Schein einer Appellation, der Sache nach aber in erster Instanz vor dem Oberrichter zu verhandeln, im Eifer des Streites verleitet werden. — Sollte dies wirklich der gesetzgeberische Grund der Vorschrift des §. 1221 Nr. 3, 5 seyn, dann kann aber auch nicht von diesem §. auf die Auslegung des §. 344, als wo derselbe Grund unmöglich Platz greifen kann, geschlossen werden. — Wenn endlich

5) hinsichtlich des gemeinen Rechtes der Hauptschriftsteller über diesen Gegenstand, Baier, in seiner Abhandlung über Aenderung des Klaglibelles, Landshut 1819, die Ansicht ausspricht, daß eine Klagänderung schlechthin unerlaubt sei, so kann dies um so weniger eine Autorität zur Auslegung der Prozeßordnung seyn, als im gemeinen deutschen Prozeß nur allgemeine prozessualische Rücksichten über die vorliegende Frage entscheiden können. Vergleiche Martin, Civilprozeß §. 149, 103.

Muncke.

II.

Noch einige Worte über die Verwerfung der Klagen angebrachtermaßen nach geschlossenen Verhandlungen.

Fehlt es an Vollständigkeit oder Deutlichkeit eines Klagvortrags, so ist die Ergänzung oder Verbesserung desselben nach §. 248 durch zweckmäßige Fragen oder schriftliche Vorbescheide und im Falle schriftlichen Verfahrens nach §. 359 namentlich dadurch zu veranlassen, daß der Richter die Klage unter Bezeichnung ihrer Mängel angebrachtermaßen verwirft. Ein solcher schriftlicher Vorbescheid, beziehungsweise eine solche Verwerfung der Klage angebrachtermaßen, kann jedoch nur alsdann erfolgen, wenn noch kein Ladungsdekret auf die Klage ergangen ist, indem der §. 248 und die §§. 355 — 360, worunter sich der §. 359 befindet, nur von der ersten richterlichen Verfügung auf die Klage sprechen.

Ist einmal Ladung erkannt und Verhandlung gepflogen, so gestattet kein Gesetz fernerhin eine Verwerfung der Klage angebrachtermaßen, sondern die §§. 338 — 343 bezeichnen das Fragerecht als das Mittel, durch welches im Laufe oder am Schlusse der Verhandlungen Unbestimmtheiten oder Unvollständigkeiten thatsächlicher Vorträge jeder Art eben so beseitigt werden können, wie dieß nach §. 359 vor erkannter Ladung durch Verwerfung der Klage angebrachtermaßen geschehen kann.

Am allerwenigsten aber ist es zuläßig, in höherer Instanz, wenn der Richter der vordern Instanz schon ein Endurtheil gegeben hat, die Klage erst wieder durch den im §. 359 erwähnten Vorbescheid, nämlich angebrachtermaßen, zu verwerfen, da der §. 1223 der Prozeßordnung ausdrücklich vorschreibt, daß „in allen Fällen, wo das angefochtene Urtheil ein Endurtheil war, auch das Appellationsgericht ein Endurtheil zu erlassen,“ also die Klage nicht blos angebrachtermaßen, mit Suspendirung des Erkenntnisses in der Hauptsache zu verwerfen habe.

Findet daher der Oberrichter in einer Sache, worin der Unterrichter bereits ein Enderkenntniß gegeben hat, erhebliche Thatsachen undeutlich, unbestimmt oder unvollständig vorgetragen, so bleibt ihm, um dem §. 1223 der Prozeßordnung nachkommen zu können, nichts anderes übrig, als daß er diese Mängel nach Maßgabe der §§. 338 — 343 durch das Fragerecht vorerst beseitige. Eine provisorische Abweisung des Klägers durch Verwerfung der Klage angebrachtermaßen wegen Unbestimmtheit oder Unvollständigkeit des Klagvortrags ist ihm im ordentlichen Verfahren eben so wenig gestattet, als ihm gestattet wäre, wegen Unbestimmtheit oder Unvollständigkeit des Einredevortrags mit Verwerfung der Einrede angebrachtermaßen den Beklagten provisorisch zu verurtheilen.

Handelt es sich aber nicht blos um undeutliche oder unvollständige Anführungen, welche die Partei nach §. 344 zu jeder Zeit selbst noch erläutern oder ergänzen, und deren Erläuterung oder Ergänzung der Richter vor erkannter Ladung in der Form der §§. 248 und 359, nach erkannter Ladung aber in der Form der §§. 338 — 343 veranlassen kann, — sondern ist gar kein Klaggrund oder nur ein unerheblicher vorgetragen, so paßt der Fall ohnehin nicht unter den §. 359, und die Klage ist alsdann nicht nur angebrachtermaßen, sondern definitiv zu ver-

werfen, wenn gleich dem Kläger nach L. R. S. 1351 auch ohne besondern Vorbehalt kraft Gesetzes noch zusteht, auf einen das erstemal nicht vorgetragenen Klaggrund hin eine neue Klage anzustellen.

III.

Ueber die in Nr. 6 des Vereinsblatts pro 1838 p. 44 aufgenommene Entscheidung der Redaktion der Annalen badischer Gerichte (vid. Nr. 52 der Annalen pro 1837) auf Anfrage über die Giltigkeit einer testamentarischen Bestimmung, folgenden Inhalts:

„A. soll Erbe seyn, wenn er das Alter der „Volljährigkeit erlangt; ist dies nicht der Fall, „stirbt er nämlich vor der erreichten Volljährigkeit, „so soll B. erben. Stirbt der Erblasser vor dem „A. (!), und ehe dieser das einundzwanzigste Jahr „zurückgelegt hat, so soll das Vermögen administrirt „und admassirt werden, bis sich entscheidet, ob A. „oder B. Erbe seyn werde."

Ich halte die für die Giltigkeit dieser Disposition sich aussprechende Entscheidung nicht für richtig und erblicke in der Verfügung selbst eine verdeckte Afterrerbsetzung.

Das Gesetz (S. 795) bestimmt die Frist von drei Monaten und vierzig Tagen, binnen welchen der Erbe sich über die Annahme oder Entsagung zu erklären hat; es gestattet dem Erben, bei Gericht um Verlängerung dieser Frist einzukommen, welches diese Verlängerung nach Umständen gestatten oder versagen möge.

Nach Ablauf dieser Fristen aber muß die Frage: Wer ist Erbe? beantwortet werden können. *) Die Erbschaftsgläubiger, die Legatare müssen wissen, an wen sie sich mit ihren Ansprüchen zu halten haben.

An wen sollen sich aber diese in vorliegendem Falle, wenn die Entscheidung der Annalen für richtig angenommen wird, halten? An A? nein! Dieser ist noch nicht 21 Jahre alt, also nicht Erbe; an B? nein! Denn der A lebt ja noch; an wen also? an den Administrator der Verlassenschaftsmasse. Einen solchen Administrator kennt unser Landrecht so wenig, als die Naturgeschichte eine Sphinx. Einen Erbpfleger will das Gesetz nach dem vierten Abschnitt des Titels von Erbschaften nur in dem Falle aufgestellt wissen, wenn eine Erbschaft ledig ist, d. h., wenn kein Erbe bekannt ist und in den gesetzlichen Fristen Niemand ein Erbrecht oder Erbfolgerecht angesprochen hat **).

Eine auf die Dauer von 21 Jahren möglicherweise sich ausdehnende Erbschaftsadministration, wie sie nach dem vorliegenden Falle eingeführt werden solle, ist gesetzlich nicht zulässig..

Erscheint nun die Entscheidung für die Giltigkeit jener Verordnung nach diesen Betrachtungen unstichhaltig, so wird sie es doppelt, wenn man annimmt, A. sei Pflichterbe des Testirers. In diesem Falle tritt A. kraft Gesetzes (1004) in Besitz und Gewähr der Verlassenschaft ***). Wenn nun A.

---

*) Dies ist nirgends gesagt. Es ist dies vielmehr eine ganz willkührliche Annahme, und die S. 790 und 800 sprechen im Gegentheil ausdrücklich von Fällen, wo auch nach geschehener Entsagung (S. 790), oder (ohne erfolgte Entsagung) nach Umlauf der Erbverzeichnißfrist und Bedenkzeit S. 800) noch eine unbestimmte Zeit lang die Erbschaft nicht angetreten wird.

Der S. 795 schreibt allerdings eine Frist zur Fertigung des Erbverzeichnisses und zur Erklärung über die Erbschaftsannahme oder Entschlagung vor. Aber was folgt daraus? — Nichts anderes, als daß, wenn die Frist nicht eingehalten wird, das vom Gesetz gedrohte Präjudiz eintritt, welches darin besteht, daß die Betheiligten nun gegen den präsumtiven Erben, welcher nach S. 798 noch um eine Fristerstreckung nachsuchen kann, klagen können, und daß dabei sein Stillschweigen nach S. 798 a. zum Vortheil des betreibenden Theils ausgelegt werden muß. Wenn hiernach der Nacherbe klagt, so wird der präsumtive Erbe, welcher die Erklärung versäumte, als verzichtend, und wenn ein Erbgläubiger klagt, so wird derselbe als antretend angenommen. Brauers Erläuterung zum S. 798 a.

Der präsumtive Erbe kann in diesem Falle als der wirkliche Erbe, welcher die Erbschaft (ohne Erbverzeichniß) angetreten hat, als persönlich verbindlich (S. 870 und so fort) belangt werden. Irrig wäre aber die Meinung, als wenn vorher, ehe ein solcher fingirter oder wirklicher Erbe vorhanden ist, die Erbgläubiger gar keine Forderungen machen könnten.

Der Erbe kann nur nicht als solcher auf sein eigenes Vermögen, d. h. als persönlich haftbar belangt werden, als Inhaber der Erbmasse findet aber gegen ihn auch vorher schon eine Klage dahin Statt, daß er aus dem Erbvermögen die Zahlung leiste. M. s. Paillet, manuel de droit français, code civil, Artikel 797 Note b., Nr. 2. D. R.

**) So lang die Frage, ob A. oder ob B. Erbe sei, von einer noch schwebenden Bedingung abhängt, sie also noch ungewiß ist, wird man auch annehmen können, daß der Erbe noch nicht bekannt sei, und unter dieser Voraussetzung findet der Satz 811 allerdings Anwendung. Nicht nur die Gläubiger, sondern auch andere Betheiligte, somit gewiß auch A. und B. können nach S. 812 auf die einstweilige Bestellung eines Erbpflegers antragen. Das Recht hiezu für A. und B. wäre übrigens auch schon durch die Bestimmung des S. 1180 begründet.

Sind A. und B. einig, so können sie, da außer ihnen Niemand Erbrechte hat, über die Verwaltung des Vermögens bis zur Entscheidung, wem es gebühre, beliebige Bestimmungen treffen, und die Gläubiger können hiebei ihre Rechte überhaupt gegen die Erbmasse, also gegen denjenigen verfolgen, der dieselbe einstweilen in der Verwaltung hat. D. R.

***) Wenn A. als Pflichterbe kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr der Verlassenschaft eintritt, so haben die Gläubiger an ihm einstweilen schon einen Vertreter der Masse, an den sie sich halten können.

Wenn übrigens der Pflichterbe die Erbschaft unter der im Testament gemachten Bedingung nicht annehmen will, so kann er statt dessen, was ihm auf solche Weise nur eventuell vermacht ist, sogleich unbedingt seinen Pflichttheil fordern und dem B. den Rest des Vermögens hingeben. Arg. S. 917. D. R.

in der Minderjährigkeit stirbt, so geht die erwähnte Erbschaft mit seiner Gesammtverlassenschaft auf seine Erben über und B. ist gehalten, von diesen die Auslieferung jener Erbschaft zu verlangen. Diese werden aber nicht gehalten seyn, der Auslieferung Statt zu geben, weil Aftererbsetzungen gesetzlich verboten sind und jene Verfügung des früheren Erblassers wohl für nichts anderes als eine Aftererbsetzung gelten kann. *) X.

IV.

Etwas über das Uniformenreglement im Regierungsblatt Nr. 23.

Die Form der Kragen, der Stickereien u. dgl. ist kein Gegenstand für die Annalen, wohl aber die juristische Auslegung der (die Verhältnisse der Staatsdiener unter sich betreffenden) Bestimmungen, und in dieser Hinsicht will ich hier einige Punkte zur Sprache bringen.

1) Die Verordnung übergeht eine Menge Staatsdiener mit Stillschweigen.

In Bezug auf die Subalterndiener der Kollegien (Sekretäre, Revisoren, Registratoren u. dgl.) kann man

*) Ein starker Sprung! — Weil man nicht weiß, was aus der fraglichen Erbeinsetzung zu machen sei, so soll sie aus diesem Grunde eine Aftererbsetzung seyn.

Wären alle in dem obigen Aufsatze gerügten Inkonvenienzen richtig, und wäre eine Erbeinsetzung, bei der zur Zeit des Erbanfalls noch von einer ungewissen Bedingung abhienge, wer Erbe sei, unzuläßig, so würde eben die vorliegende Disposition als gesetzwidrig zerfallen, man könnte aber deßwegen noch keine Aftererbsetzung daraus machen, wobei nach S. 896 die Einsetzung des A. aufrecht bliebe, seine Verbindlichkeit der Wiederablieferung an B. aber cessirte und er unbedingter Erbe bliebe.

Die Frage, ob eine Aftererbsetzung vorhanden sei, hängt nicht davon ab, ob die Disposition so, wie sie vorliegt, gesetzmäßig sei, sondern davon, ob die Voraussetzungen des S. 896 vorhanden seien, ob nämlich hier einem Erbnehmer auferlegt sei, das Erbe aufzubewahren und nach seinem Tode an einen Andern zurückzulassen.

Daß aber diese Voraussetzungen vorhanden seien, wurde nirgends nachzuweisen versucht. Es wäre ein solcher Versuch auch vergeblich, da ja A. noch keineswegs Erbnehmer ist, dies vielmehr von der nämlichen noch ungewissen Bedingung abhängt, von welcher das Recht des B. ebenfalls abhängt, und da keiner der beiden Betheiligten vor dem Andern eingesetzt und keinem etwas als von dem Andern auf ihn übergehend zugesichert ist.

Der S. 1040 ist in dem Aufsatze nicht berührt, und aus dieser Gesetzesstelle ist doch ersichtlich, daß das Gesetz den Fall als möglich behandelt und anerkennt, daß ein Erbe oder Vermächtniß Jemanden auch unter einer noch ungewissen Bedingung anfallen könne, und daß dasselbe alsdann verfalle, wenn der Erb- oder Vermächtnißnehmer noch vor dem Eintritte der Bedingung sterbe.

Ob nun der Tod des A. oder ein anderes ungewisses Ereigniß als die Bedingung angenommen sei, ist einerlei. Das Testament könnte auch so lauten: wenn am 1. Januar 1850 der Rhein bei Mannheim gefroren seyn wird, so soll A. und im entgegengesetzten Falle B. Erbe seyn.

Wenn nun der Erblasser im Jahre 1838 stirbt, was soll während der übrigen 12 Jahre geschehen? Das Nämliche, wie im obigen Falle. — Wer wäre aber in dem zuletzt aufgestellten Falle der Aftererbe, und wer der mit der Wiederablieferung belastete unmittelbare Erbe? — Das Gefrieren des Rheins wird darüber vor dem 1. Januar 1850 keinen Aufschluß geben.

D. R.

annehmen, daß dies in der Absicht geschehen sei, um ihnen die Berechtigung zur Tragung einer Uniform zu entziehen.

Aber sollte diese Absicht auch bei den Professoren an den Universitäten, an der polytechnischen Schule, an Lyceen und Gymnasien, bei den Direktoren solcher Anstalten, bei den Universitätsamtmännern u. dgl. vorliegen, und zwar selbst dann, wenn solche Beamte als Regierungsräthe, als Hofräthe oder wohl auch als geheime Hofräthe charakterisirt sind? —

Auch von den Vorständen der Bezirksstellen sind nur die Bezirksbeamten und Forstmeister genannt. Sollen nun wirklich die Obereinnehmer, die Oberinspektoren, die Domänenverwalter, die Bezirksinspektoren, die Physici, die Amtsrevisoren ꝛc. nicht uniformberechtigt seyn?

Nach dem Wortlaute der Verordnung wird man diese Fragen bejahen müssen, da der §. 1 die genannten Beamten unter den Uniformsberechtigten nicht aufführt. Ein innerer Grund dazu läßt sich aber nicht auffinden.

2) Ein anderer Zweifel erhebt sich bei Auslegung des §. 1 lit. b. darüber, ob auch die bloßen Titulargeheimeräthe hieher gehören?

Dieser Zweifel wird um so gegründeter, wenn man annimmt, daß die titulirten Hofräthe und geheimen Hofräthe gar nicht uniformsberechtigt seien.

Außerdem fiele es auf, daß in den Kreisstädten die Hofgerichtspräsidenten, welche wie die Kanzler (Regierungsblatt von 1830 p. 99) bekanntlich in die zweite Rangklasse gehören, künftig eine geringere Uniform tragen sollten, als die zu Geheimeräthen zweiter Klasse ernannten Regierungsdirektoren, welche als Direktoren nur in die dritte Rangklasse gehören (Regierungsblatt 1837 p. 65), und jeweils zu Geheimeräthen zweiter Klasse ernannt zu werden pflegen, damit sie wie billig mit den, im Amt ihnen ähnlich gestellten, Hofgerichtspräsidenten gleichen Rang erhalten.

Eine weitere Inkonvenienz würde sich, wenn man die blos titulirten Geheimeräthe zweiter Klasse unter der Vorschrift des §. 1 b. der Verordnung begreifen wollte, z. B. in Freiburg ergeben, wo der Hofgerichtsdirektor Geheimerath zweiter Klasse ist, also eine höhere Uniformenklasse hätte, als der bei dem nämlichen Kollegium über ihm stehende Präsident *).

3) Endlich erhebt sich eine dritte Frage: ob die im §. 1 der Verordnung erwähnten Beamten nur berechtigt oder zugleich verpflichtet seien, sich Uniformen anzuschaffen und bei den Feierlichkeiten, bei welchen es üblich ist, sie zu tragen?

Der §. 1 spricht für das Erstere, die unbedingte Fassung des Eingangs von §. 2 ist aber der letztern Annahme günstiger.

Renner.

*) Sei dem, wie ihm wolle, so leiden die Worte der Verordnung wohl keine doppelte Auslegung, was unter Geheimeräthen zweiter Klasse zu verstehen sei. Wollte man die Titulargeheimeräthe ausschließen, so möchte ich wissen, welche Andere dann noch übrig blieben und im §. 1 b. gemeint seyn könnten? Die Bezeichnung möchte sich ihrer materiellen Bedeutung nach etwa auf die Mitglieder des Staatsministeriums, die nicht Minister oder Geheimeräthe erster Klasse sind, beziehen. Daß diese aber darunter nicht gemeint sind, geht daraus hervor, daß sie im §. 1 b. ja neben den Geheimeräthen zweiter Klasse schon besonders genannt sind. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 28. Karlsruhe den 14. Juli. 1838.

I.

Ueber den Beweis zum ewigen Gedächtniß, insbesondere Vorschlag zur Ausdehnung desselben auf Augenschein und Sachverständige.

Der gemeine deutsche Prozeß räumte jeder Partei die Befugniß ein, schon vor Erhebung eines Rechtsstreits bei dem Richter um Aufnahme der Beweismittel nachzusuchen, wenn eine gegründete Gefahr des Verlusts derselben vorhanden war, oder wenn der Gebrauch derselben durch längere Zögerung der Partei bedeutend erschwert worden wäre.

Die deßfallsigen römischen und kanonischen Gesetzesstellen sprechen zwar ausdrücklich nur vom Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß (wenn man hierher nicht auch die s. g. Urkundenexemplifikation rechnen will); allein die Praxis fühlte die Nothwendigkeit, den Beweis zum ewigen Gedächtniß auch auf andere Beweismittel, insbesondere auf Augenschein und Sachverständige auszudehnen, und die Doktrin trat beinahe einstimmig der Uebung der Gerichte bei. Danz, ord. Prozeß, §. 466. Martin, Lehrbuch, §. 301. Thibaut, Pandekten, §. 1205. Grolman, Theorie, §. 164. Linde, Lehrbuch, §. 247. Auch bei uns wurden derartige Beweisaufnahmen bis zum Erscheinen der neuen Prozeßordnung ohne Anstand zugelassen, wenn die Gefahr eines Verlusts oder die Erschwerung des Gebrauchs von Beweismitteln bescheinigt war.

Die neue Prozeßordnung sanktionirt aber nur den Beweis zum ewigen Gedächtniß durch Zeugen, §. 521 und folgende.

Die Gerichte mußten daher Gesuche um vorläufige Erhebung anderer Beweismittel, z. B. Augenschein und Sachverständige zurückweisen, wie dieß auch in mehreren Fällen — meines Wissens — geschehen ist; denn

1) ist die neue Prozeßgesetzgebung eine geschlossene, in welche Bestimmungen des frühern Prozeßrechts, sie mögen auf ausdrücklichen Gesetzesstellen oder auf dem Gerichtsgebrauch beruhen, nicht hinein interpretirt werden können.

2) Der Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß ist ein singulare, und es kann deßhalb eine analoge Anwendung auf andere Beweismittel nicht Statt finden; er ist eine Ausnahme von der Regel, daß Beweise erst im Laufe eines Prozesses in dem genau bestimmten Stadium desselben erhoben werden sollen, und darf deßhalb als solche nicht extendirt werden.

3) Die Gesetzgebung hat dadurch, daß sie nur den Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß in das Gesetzbuch aufnahm, erklärt, daß bei andern Beweismitteln eine vorläufige Erhebung nicht zuläßig sei (quod lex dicit de uno, negat de altero). Endlich geht dieß

4) aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, und zwar

a) in Bezug auf Sachverständige aus §. 535, wo es heißt: „die Beiziehung von Sachverständigen in einem Rechtstreite" ꝛc., ferner aus §. 538, 540, 541.

b) In Bezug auf den Augenschein aus §. 552, 554.

Es ist daher keinem Zweifel unterworfen, daß die Prozeßordnung den Parteien das richtige Recht, Beweise zum ewigen Gedächtniß durch Sachverständige und Augenschein erheben zu lassen, entzogen hat, und zwar — wie ich glaube — mit Unrecht.

Es ist in manchen Fällen durchaus unmöglich, ein Recht auf andere Weise zu wahren, als durch eine vorläufige Erhebung eines Gutachtens von Sachverständigen oder Einnahme eines richterlichen Augenscheins; denn so gut Zeugen verloren gehen können, eben so leicht kann sich das Streitobjekt verändern, und zwar so, daß zu der Zeit, in welcher in Bezug auf dieses Objekt für eine einzelne Partei, erst ein klagbares Recht existent geworden ist, der frühere Zustand, auf welchen es gerade ankommt, gar nicht mehr erkannt, noch viel weniger also eine etwa nothwendige Expertise vorgenommen werden kann; z. B.

A. übergibt seinem vortheilsberechtigten Sohne B. sein Hofgut, zu welchem sehr bedeutende Waldungen gehören, um einen s. g. kindlichen Anschlag von 20,000 fl., gegen die Verpflichtung, den beiden andern Söhnen C. und D. die ihnen gebührende Gleichstellungssumme (nach Abzug des Vortheilgeldes) zu bezahlen. Die Söhne C. und D. erkennen

diese Uebergabe unter Lebenden nicht an, weil sie die Uebergabssumme für so nieder erachten, daß sie in ihrem Pflichttheile dadurch verletzt werden. Da eine Vermögensübergabe nach den Regeln der Schenkung beurtheilt wird, so sind C und D erst dann berechtigt, eine Minderung derselben, resp. Erhöhung der Uebergabssumme zu verlangen, wenn der Erbanfall eingetreten ist, d. h. nach dem Tode des Uebergebers A.

Wenn nun von der Zeit der Uebergabe bis zu der des Erbanfalls der in den Besitz gesetzte Uebernehmer B das übergebene Hofgut so deteriorirt, namentlich durch Fällung des in den Waldungen befindlichen Holzes, Ausstockung von Weinbergen ɹc., daß es hiedurch auf die Uebergabssumme von 20,000 fl. herabsinkt, ungeachtet es einen bedeutend höhern Werth hatte, so wird es für C und D sehr schwer, vielleicht auch unmöglich werden, die Klage auf Minderung, resp. ad inplendam legitimam gehörig zu beweisen. Eine Abschätzung des Guts nach dem Werth, welchen dasselbe zur Zeit der Uebergabe hatte, könnte nur vorgenommen werden auf den Grund von Zeugenaussagen und hätte keinenfalls eine so sichere Basis, als wenn die Sachverständigen das Hofgut schon zur Zeit der Uebergabe hätten besichtigen und auf den Grund persönlicher Anschauung und eines richterlichen Augenscheinprotokolls ihr Gutachten hätten abgeben können.

Bei den s. g. Wandelklagen tritt derselbe Fall ein, weßhalb der Beweis zum ewigen Gedächtniß durch Augenschein und Sachverständige in dem den Kammern im Jahr 1837 vorgelegten dießfallsigen Gesetzesvorschlage ausdrücklich zugelassen wurde.

Wie viele Fälle lassen sich nun aber noch denken, namentlich bei Entschädigungsklagen, ferner bei Ansprüchen aus Pachtverhältnissen, in welchen der Zustand einer Sache nothwendig schon vor der Klagerhebung begutachtet und eingesehen werden muß, um dem Kläger die wirksame Verfolgung seines Rechts nicht zu entziehen oder wesentlich zu erschweren?

Dabei kommt ferner zu bedenken, daß in den wenigsten Fällen durch eine Beweisanticipation wird geholfen werden können, weil

a) diese nur mittelst Augenschein und Urkunden geschehen kann, Prozeßordnung §. 249, also Sachverständige ohnehin wegfallen,

b) der Richter nicht geradezu verpflichtet ist, auf eine Beweisanticipation die Handlungen der Beweisführung einzuleiten, Prozeßordnung §. 253 Abs. 2, und

c) wie gesagt, in vielen Fällen actio nondum nata est, wenn zur Vorbereitung für den Beweis derselben ein Augenschein eingenommen und eine Expertise erhoben werden soll.

Es ist also durchaus nicht einzusehen, warum die Gesetzgebung die Parteien in dem Rechte, schon vor dem Anfang eines Rechtsstreits die Erhebung von Beweismitteln zu verlangen, durch Reduzirung dieses Rechts auf Zeugen so sehr verkümmert hat, daß in vielen Fällen das materielle Recht den größten Eintrag erleidet.

Hat man einmal den Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß allgemein, und jenen durch Augenschein und Sachverständige in einzelnen Fällen (z. B. Wandelklagen, in den Fällen des Handelsrechtsatzes 92 a f, 106 ɹc.) zugelassen, so ist der starre Grundsatz, Beweise nur im Laufe eines Prozesses zu erheben, schon aufgegeben, und es liegt kein Grund vor, aus welchem eine noch größere Erweiterung des Beweises zum ewigen Gedächtniß nicht sollte eintreten können, besonders da die Wahrung des materiellen Rechts dieselbe dringend verlangt.

Weizel.

II.

Anmerkung zu Nr. 44 III. der Annalen von 1835. — Gerichtsstand der geführten Verwaltung.

Steiglehner gegen von Stetten.

Das, die beiden frühern Entscheidungen abändernde oberhofgerichtliche Urtheil wird von dem Einsender jenes Aufsatzes mit einer Anmerkung begleitet, worin den mitgetheilten oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen die §§. 4 — 6, 17, des zwischen Baden und Würtemberg bestehenden Staatsvertrages, als die gesetzlichen Vorschriften über den Gerichtsstand aufhebend entgegengehalten werden. Der Unterzeichnete konnte in den allegirten §§. durchaus keine Bestimmungen entdecken, welche eine der oberhofgerichtlichen entgegengesetzte Entscheidung des mitgetheilten Rechtsfalles, seiner Ansicht nach, zu motiviren geeignet wären. Namentlich redet §. 17 ganz allein von dem Forum des Verwalters, nicht des dominus gestae administrationis, also von dem Gerichtsstand des gegenwärtigen Klägers, nicht des Beklagten.

Demnach würde die Streitfrage nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über den Gerichtsstand der geführten Verwaltung zu entscheiden seyn, und gerade hiernach dürften sich vielleicht bedeutendere Zweifel gegen die Entscheidungsgründe Nr. 4 des oberhofgerichtlichen Urtheils erheben lassen.

Für's Erste nämlich macht schon die gesetzliche Natur des fori gestae administrationis eine Ausdehnung auf einen Fall der Art, wie der mitgetheilte, zweifelhaft, da dieser Gerichtsstand seine Entstehung gemeinrechtlich der Rücksicht verdankt, am Orte der geführten Verwaltung bei eben daraus entstehenden Streitigkeiten dem Richter leichter die erforderliche Aufklärung über das, was geleistet oder versäumt worden, zu verschaffen. — In der Regel

wird der Verwaltende vor diesem Gerichtsstande belangt werden, nicht umgekehrt.

Zweifelhaft dürfte es darum seyn, ob ein Angestellter (Verwalter) aus dem Dienst- oder Anstellungsvertrage selbst, etwa auf Auszahlung seiner Pension, die ihm darin versprochen, gegen den Bestallenden an dem Orte, wo er für irgend welches Verwaltungsgeschäft angestellt worden, klagen könne, wenn der Dienstherr sonst keinen Gerichtsstand an jenem Orte begründet hat. Diese Klage wäre die actio mandati contraria, wovon die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe Nr. 4 reden; eine solche, aus dem Dienstvertrage entspringende Klage ist aber nicht wesentlich einerlei mit einer Klage, welche ihre nächste Veranlassung in der Verwaltung selbst hat, und die Prozeßordnung §. 20 verlangt Streitigkeiten, welche aus der Verwaltung entstanden sind. Solche können auch dann entstehen, wenn jemand aus einer ohne allen Vertrag geführten Verwaltung als negotiorum gestor belangt wird. Und gerade um einen solchen bequem belangen zu können, war das forum gestae administrationis im römischen Recht von Wichtigkeit. — Für die lediglich aus dem Anstellungsvertrage entspringende mandati actio könnte an dem Orte der Anstellung wohl nur das *forum contractus* begründet seyn.

Aber eine weitere und wohl die bedenklichste Frage ist die: ob denn die angestellte Klage wirklich die in den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen Nr. 4 genannte mandati contraria actio sei?

In dem Dienstvertrage war der Nebenvertrag enthalten, daß die Angestellte eine Caution zu bestellen habe. Der Verfasser der oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe scheint in seinem Raisonnement den Grundsatz vor Augen gehabt zu haben, daß das pacta adjecta mit der aus dem Hauptgeschäft entspringenden Klage geltend gemacht werde. Allein eine genauere Analyse des Sachverhaltens muß wenigstens diesen Gesichtspunkt entfernen. Nicht aus dem pacto adjecto, welches die Bestellung einer Caution zur Folge hatte, sondern aus dieser Bestellung selbst wird geklagt. Diese Bestellung geschah durch Hinterlegung einer Geldsumme. Letztere kann nur mit der depositi directa actio zurückgefordert werden. Daß über diese Hinterlegung etwas verabredet war, thut nichts zur Sache; denn das Depositum ist ein Realcontract, und die *resp.*, d. h. die wirkliche Hinterlegung ist es offenbar allein, welche die Rückforderung der Summen begründen kann. Das Versprechen der Zinszahlung ändert aber bekanntlich die Natur des depositi in einem solchen Falle nicht, wo die Absicht des Deponenten nicht auf die zu gewinnenden Zinsen, sondern auf die Hinterlegung der Geldsumme zu was immer für einen Zweck gerichtet war. Thibaut, System §. 892. Ist diese Ansicht aber die richtige, so wäre damit auch wohl das forum contractus, nicht aber das der geführten Verwaltung begründet.

So viel nicht sowohl gegen das Resultat der oberhofgerichtlichen Entscheidung an sich als gegen die in den Entscheidungsgründen sub 4 enthaltene Entwickelung.

Muncke.

III.

Ueber Klagen und Beschwerden wegen der Vollstreckung.

In den Annalen des Jahrs 1836 pag. 32 und 268 wird behauptet, daß Beschwerden gegen die Vollstreckungsbeamten nicht beim Unterrichter, sondern beim Oberrichter angebracht werden müßten. — Abgesehen davon, daß sich kein Grund finden läßt, der den Gesetzgeber bestimmt haben dürfte, die sehr geeignete nahe und wohlfeile Instanz des Unterrichters, im Widerspruch mit der frühern Praxis, zu überspringen, — die in der Instruktion der Exequenten sowohl, als in dem hierarchischen Nexus zwischen dem höhern und niederern Functionär gegründete Competenz des Unterrichters bei Seite zu setzen — würde diese Behauptung auch in direkter Opposition mit dem §. 959 Nr. 1 der Prozeßordnung in Verbindung mit der Randschrift zu diesem §. und dem §. 963, ferner mit dem §. 960, 961, 1054 und 1055 der Prozeßordnung sich befinden.

Daß der 48. Titel für diese Beschwerden nicht maßgebend sei, thut nichts zur Sache. Wenn ihnen auch kein besonderer Titel gewidmet ist, so sind sie doch im Gesetz unzweifelhaft begründet und von dem Unterrichter verwiesen. Der Gegenstand ist überhaupt mehr polizeilich als prozessualisch. Die Aeußerung von Weilers — Motive p. 85 — ist hiemit nicht im Widerspruch; sie ist richtig, aber sie erschöpft nicht.

Auch die Schwierigkeiten, welche pag. 268 cit. im §. 962 und 1054 gefunden werden, dürften sich leicht beseitigen lassen.

Daß es zu vermuthen ist, ein Gesetz drücke sich immer richtig aus, und daß zwischen Klage und Beschwerde, wenn man sich streng technisch ausdrückt, sowohl in Beziehung auf den Gegenstand, als auf den Gegner ein großer Unterschied bestehe —, kann nicht geläugnet werden. Jeder begründete an den Richter gerichtete Antrag, einem Gegner ein Recht durch ein Urtheil ab-, oder eine Verbindlichkeit zuzuerkennen, ist eine Klage, während es sich bei der Beschwerde nicht um ein Urtheil, nicht um Recht oder Verbindlichkeit eines Gegners, sondern nur um ein fehlerhaftes Verfahren eines Beamten handelt. Allein, da das Gesetz nirgends eine streng geschiedene, technische Bezeichnung für das eine und andere gegeben hat, — da jede Klage wegen Mängeln im Executionsverfahren immer durch solche Thatsachen begründet seyn muß, welche unter andern Verhältnissen auch ein Recht

zur Beschwerde geben, in dieser Hinsicht also eine Klage, wenn man sich nicht sehr scharf ausdrückt, auch eine Beschwerde genannt werden kann, — da auch die Klage gegen den Steigerer, weil er einen gewissen prozessualischen Nexus (cf. §. 950, 1063, 1065 der Prozeßordnung) mit den bisherigen Parteien tritt, etwas von einem Incidentpunkt an sich hat, die incidenter erhobenen Klagen, so wie die Annexa überhaupt, selten mit diesem Namen bezeichnet werden, cf. z. B. §. 100, §. 783, §. 677 der Prozeßordnung 2c., also auch die Nichtigkeitsklage eine Beschwerde genannt werden kann — und da auch das Wörtchen „oder" diese Erkläeung begünstigt, so darf man annehmen, daß „Klage" und „Beschwerde" im §. 1054 als synonym gebraucht seien.

Nimmt man aber auch an, daß das Gesetz im §. 1054 wirklich distinguire zwischen Klage und Beschwerde, so muß man dennoch diese Distinction als eine irrige verwerfen.

Es läßt sich nämlich nicht bestreiten, daß das Gesetz selbst, im Zuschlag, dem Steigerer Eigenthum, also ein Recht, überträgt, und daß es der oberste überall durchgeführte Grundsatz der Prozeßordnung ist, daß ein Recht nur durch Urtheil und nach vorgängig möglicher Vertheidigung entzogen werde (§. 702 und 1063 machen hievon keine Ausnahmen).

Dieses Recht wäre aufgehoben, wenn das Gesetz für diesen Fall des Rechtserwerbs, die ihm gerade besonders heilig ist (cf. §. 1056 und 1072, §. 1058 der Prozeßordnung, verglichen mit L. R. S. S. 2182 und 2166 — 2169 und §. 1059 der Prozeßordnung), den Weg der Beschwerde, d. h. den einseitigen Antrag ohne vorgängiges Gehör des Gegners, zuließe, und folgeweise*), z. B. in der Weisung zu nochmaliger Versteigerung, das Recht definitiv und unwiederbringlich vernichten würde.

Das Gesetz würde mit sich selbst und der Vernunft in Widerspruch treten. Da nun das Gesetz über die Statthaftigkeit der Beschwerden und Klagen im §. 1054 nichts sagt, und nichts beabsichtigt, darüber etwas zu sagen, sondern die Statthaftigkeit nach den übrigen Bestimmungen des Gesetzes, und je nach den Eigenschaften des speziellen Falles vorausgesagt, nur ihre Verjährung bestimmt, in Beziehung auf Statthaftigkeit also nicht bestimmend, sondern schließend verfährt, der Schluß des Gesetzes aber, wenn auch für die Richtigkeit der Obersätze bürgend, doch in offenbarer Collision mit diesen Obersätzen nicht bestehen kann, weil der Gesetzgeber, wenn er schließt, so wenig infallibel ist, wie andere Menschen, und die bestimmt erkannte Absicht, in Collision mit der nur vermutheten, immer den Vorzug verdient — so muß — bei dieser Definition des Worts „Beschwerde" im §. 1054 — angenommen werden, daß sich der Gesetzgeber dabei in seinen Folgerungen getäuscht — etwas angenommen habe, was nach seinem eigenen, rein ausgesprochenen Willen nicht angenommen werden soll.

Keller.

IV.

Rechtsfall, eine Schenkung unter Lebenden und deren behauptete Nichtigkeit wegen Fehler der Schenkungsurkunde betreffend. —

I. Zollinspektor Riedinger hatte nach einer, als Notariatsakt sich darstellenden, von ihm unterzeichneten Urkunde vom 5. Oktober 1829 sein Haus seiner Frau, und diese nach einer ebensolchen Urkunde vom 8. Oktober 1829, unter Ermächtigung ihres Mannes, das Haus wieder ihrer Tochter erster Ehe, der F. C. Reiner'schen Ehefrau, unter Lebenden geschenkt.

Nach dem Tode seiner Frau griff Riedinger mittelst einer Klage die Schenkungen als nichtig an:

1) unter Berufung auf die Notariatsordnung, weil die Schenkungsurkunde nicht von einem Staatsschreiber, sondern von einem gewissen N., „einem Kanzleiindividuum" des Amts Ladenburg, gefertigt, und

2) weil die Urkunden verfälscht seien, indem in denselben der Theilungskommissär Haffenreffer sich als Verfertiger dargestellt, die Richtigkeit des Akts und der Unterschrift er Parteien und Zeugen beurkundet habe, während jener Theilungskommissär doch gar nicht zugegen gewesen wäre.

Es wurde gebeten, die Schenkungsurkunden für nichtig und das betreffende Haus wieder für das Eigenthum des Klägers zu erklären. —

Der Beklagte beantwortete die in der Klage angeführten

*) Würde dies direct und dem Steigerer gegenüber ausgesprochen, so müßte das betreffende Decret als ein Urtheil, oder je nach Umständen als ein unbedingter Befehl, und der Antrag der Partei, welcher es veranlaßte, als eine Klage betrachtet werden; in diesem Fall könnte also von einer Beschwerde und deßfallsiger Verfügung nicht mehr die Rede seyn, denn ein Parteiantrag auf Urtheil ist niemals eine Beschwerde, und ein Erkenntniß, welches auf einen solchen Antrag ergeht oder ihn fälschlich voraussezt, immer ein Urtheil. Eben deßhalb wurde auch in dem pag. 38 cit. angeführten Fall ganz richtig entschieden, wenn auch die Motive nicht durchaus passend sind. — Denkt man daher den Fall, daß ein Versehen in Form einer Beschwerde dem Richter vor dem Zuschlag denuncirt, der Zuschlag aber eingetreten wäre vor der Erledigung der Beschwerde, weil etwa der Richter sofort darauf nicht verfügte, so wird aus dieser Beschwerde, sobald der Querulant das nachträgliche Gesuch (nach dem Zuschlag) stellt, nunmehr auch den Steigerer darüber zu hören und den Zuschlag wieder aufzuheben, eine Klage. Wenn man am Buchstaben klebt, kann man sich nöthigenfalls einbilden, das Gesetz habe im §. 1054 an diesen Fall gedacht; jedenfalls zeigt er den Unterschied zwischen Beschwerde und Klage recht anschaulich und die reine Begriffsunmöglichkeit einer Beschwerde als solcher nach und gegen den Zuschlag.
K.

Thatsachen mit Nichtwissen und berief sich einwendend hauptsächlich darauf, daß der Kläger die Schenkung mehrfach genehmigt, so wie daß er sie vollzogen habe und darum solche nicht mehr anfechten könne. —

Der Unterrichter legte dem Kläger den Beweis darüber auf, daß die fraglichen Schenkungsverträge nicht vor dem (in den Urkunden genannten) Theilungskommissär Haffenreffer aufgenommen worden seien. Der Beweis wurde mittelst Production dreier Personen als Zeugen angetreten, von denen zwei als Instrumentszeugen, der dritte als Geschlechtsbeistand der Riedinger'schen Ehefrau die Urkunden unterzeichnet hatten.

Die Zeugenabhör fand Statt.

Einer der Zeugen sagte aus: Er sei bei dem Vertragsabschlusse selbst nicht zugegen gewesen, sondern nur zur Unterschrift gerufen worden. Da die Intereßenten beisammen und einig gewesen seien, so habe er unterschrieben. In diesem Momente habe sich der mehr genannte Theilungskommissär nicht im Zimmer befunden.

Der zweite Zeuge erklärte: Außer dem R, welcher die Urkunde geschrieben habe, den Parteien und Zeugen sei Niemand in der Stube gewesen; namentlich nicht der Theilungskommissär Haffenreffer.

Der dritte Zeuge, welcher sich nur noch auf eine Urkunde erinnern konnte, behauptete, daß beim Niederschreiben derselben, was durch den R. bewirkt wurde, der gedachte Theilungskommissär nicht zugegen gewesen sei.

Nach gepflogenen Verhandlungen erkannte der Unterrichter auf den Grund der Zeugenaussagen, aus welchen hervorging, daß der betreffende Theilungskommissär bei Abfassung der Urkunden nicht anwesend war, die Schenkungen für nichtig.

II. Der Beklagte appellirte und das Hofgericht des Unterrheinkreises änderte durch Urtheil vom 6. Oktober 1837 das amtliche Erkenntniß dahin ab, daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sei. —

In den Entscheidungsgründen wurde sich über das zu Begründung der Klage und der oben angeführten Einrede (der Genehmigung und des Vollzugs) Geltend gemachte ausgesprochen, wie folgt.

Schenkungen unter Lebenden müssen mit Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Förmlichkeiten bei Vermeidung der Nichtigkeit geschehen, und es können etwaige Mängel hieran zu Lebzeiten des Geschenkgebers weder durch dessen ausdrückliche Anerkenntniß und Bestätigung, noch durch Vollzug der Schenkung (welcher nur eine stillschweigende Bestätigung enthalten und daher von keinem höhern Werthe als die ausdrückliche seyn würde) auf gesetzlich gültige Weise verbessert werden. L. R. S. 893, 1339, 1340.

Unter die erwähnten Förmlichkeiten gehört nach L. R. S. 931, daß die Urkunde über die Schenkung vor einem Staatsschreiber in der gewöhnlichen Form der Verträge abgefaßt worden ist, also namentlich, daß sie in Gegenwart des Staatsschreibers gefertigt und von demselben beglaubigt wurde. Daß der Staatsschreiber selbst sie schreiben müsse, ist niegends gesetzlich geboten. Die zu Unterstützung einer gegentheiligen Meinung angerufenen L. R. S. 972 und 1001, von öffentlichen letzten Willen handelnd, und für solche die eigene Schrift des Staatsschreibers bei Strafe der Nichtigkeit fodernd, können, als in ihrer Art singuläre Bestimmungen, nach L. R. S. 6 k. keine weitere Ausdehnung erhalten. Die Notariatsordnung aber, wenn sie anderweitige Bestimmung über die erwähnte Frage trifft, kann in dieser Beziehung nach dem Gesetze vom 22. Juni 1837 Art. 2 (Regierungsblatt Nr. XIX.) vor Gericht nicht geltend gemacht werden.

Die jetzt vom Kläger als nichtig angefochtenen Urkunden vom 5. und 8. Oktober, in welchem eine von ihm an seine Frau und von dieser wieder an ihre Tochter gemachte Schenkung unter Lebenden niedergeschrieben wurden, enthalten in ihrem Eingange die Anführung:

„Der Theilungskommissär Haffenreffer", und es folgt nach den Unterschriften der Interessenten und der Zeugen der Beisatz;

„Zur Beglaubigung — Haffenreffer." Die Aechtheit dieser Unterzeichnung des Theilungskommissärs ist nicht bestritten. Es wurden jene Urkunden auch sportulirt und beim Amtsrevisorat ergistrirt.

Die Beurkundung darüber, daß die fraglichen Akte vor dem Theilungskommissär Haffenreffer errichtet wurden, gehört zu den äußern Förmlichkeiten der Urkunden, betrifft somit einen Gegenstand, über welchen dem Theilungskommissär, als Staatsschreiber, das Beurkundungsrecht zustand. Die Beobachtung jener Förmlichkeit wird demnach durch die Urkunde selbst nach L. R. S. 1319, verbunden mit 1317, vollkommen erwiesen; es ist gegen dieselbe nach L. R. S. 1341 der vom Kläger angetretene Zeugenbeweis unzuläßig.

Wenn auch eine öffentliche Urkunde wegen Fälschung oder Betrugs angefochten werden kann, so müssen in einem solchen Falle doch bestimmte Thatsachen vorliegen, aus welchen hervorgeht, daß die Urkunde irgend eine widerrechtliche Täuschung eines der Contrahenten enthält, oder eine Veränderung zum Nachtheile des Letztern erlitt. Da der Kläger die hier in Frage stehenden Urkunden selbst unterzeichnet hat, so würde eine Täuschung desselben nur allenfalls dann vorhanden seyn, wenn ihm eine fremdartige, nicht mit seinem Willen verfertigte Scriptur, statt derjenigen, welche er zu unterzeichnen beabsichtigte, bei der Unterschrift untergeschoben, oder wenn ihm vor der Unterzeichnung die Urkunde vorgelesen und dabei ihr Inhalt nicht so, wie er wirklich lautete,

mitgetheilt worden wäre. Eine Fälschung nach der Unterzeichnung würde z. B. dann vorliegen, wenn die Urkunde korrigirt, oder wenn der Eingang: „Vor Theilungskommissär Haffenreffer" erst nachher beigeschrieben und damit eine anfängliche Privaturkunde erst später zu einer öffentlichen gestempelt worden wäre.

Die Klage enthält aber keine thatsächliche Anführung, aus welcher auch nur die Wahrscheinlichkeit sich ergäbe, daß eine der hier erwähnten dolosen Handlungen, bezüglich auf die fraglichen Schenkungsurkunden eingetreten sei.

In Ermanglung dessen, und da sonst die Glaubwürdigkeit der Urkunden durch den Zeugenbeweis nicht entkräftet werden kann, ist der behauptete Formfehler nicht als vorhanden angesehen.

Die Klage erscheint daher als unbegründet.

III. Gegen das hofgerichtliche Urtheil führte der Kläger die Oberberufung aus. Es wurde jedoch vom großherzoglichen Oberhofgerichte unterm 15. Mai d. J. das hofgerichtliche Urtheil bestätigt.

Entscheidungsgründe. Die Beurkundung der Thatsachen, daß vor Theilungskommissär Haffenreffer die Schenkungsdocumente errichtet worden seien, macht einen Theil des Inhalts aus, folglich wird durch diese Urkunden nach L. R. S. 1341 der Zeugenbeweis über diese Thatsachen in so lange ausgeschlossen, als nicht die Falschheit der Urkunden auf die in §. 453 der Prozeßordnung vorgeschriebene umständliche Weise behauptet und bewiesen ist. — Eine solche Falschheitsbehauptung ist nicht gemacht, auch sind aus den Aussagen der abgehörten Zeugen keine nähern Umstände des befragten Vorgangs zu entnehmen. Hinsichtlich des ersten, auf die Notariatsordnung gebauten Klaggrundes ist zwar vom Oberappellanten mündlich ausgeführt worden, daß die Entscheidung der Frage, ob hier die Notariatsordnung anwendbar sei, nicht so schlechthin, wie vom großherzoglichen Hofgerichte geschehen, aus dem Gesetze von 1837 geschöpft werden könne, weil dieses Gesetz erst nach Erlassung des Erkenntnisses erster Instanz promulgirt wurde, der Rechtsstreit aber jeden Falls nach dem Stande der Gesetzgebung zur Zeit des ersten Erkenntnisses beurtheilt werden müsse. Allein da bekanntlich die Frage, ob die Notariatsordnung seit Einführung des Code für die Amtsrevisoren und ihre Theilungskommissäre eine bindende Norm sei, und ob insbesondere unter der Herrschaft des Code errichtete Staatsschreibereiurkunden wegen Vorlegung von Vorschriften der Notariatsordnung angefochten werden können, in der Doctrin und Praxis entgegengesetzte Ansichten geltend gemacht wurden, und nachdem nunmehr die Gesetzgebung in dem Gesetze vom 22. Juni 1837 unumwunden ausgesprochen hat, daß sie die Absicht nie gehabt habe, die Notariatsordnung als Norm für die Amtsrevisorate gelten zu lassen, so kann nun kein Richter eine gegen diese klar ausgesprochene Absicht streitende Meinung geltend machen. Jedenfalls ist er zu Folge L. R. S. 2 e berechtigt, das Gesetz von 1837 seiner Entscheidung zu Grund zu legen.

In Erwägung Alles dessen und unter Adoptirung der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe wurde, wie geschehen, erkannt. — Kirn.

V.

Ueber die Bestrafung des Rückfalls in den dritten Diebstahl.

Wie die Redaktion in Nr. 22 S. 139 bemerkt, so hat sich allerdings das Justizministerium im Jahr 1813 für die Ansicht der hofgerichtlichen Majorität entschieden ausgesprochen. Aus den desfallsigen Akten ergibt sich zugleich, daß damals auch schon Meinungsverschiedenheiten in obigem Betreff beim unterrheinischen Hofgerichte herrschten. Bei der gegenwärtigen Ventilation unserer Streitfrage dürfte daher eine actentreue Mittheilung der früheren Vorgänge nicht unzeitig scheinen.

In einem Bericht vom 2. März 1814 Nr. 138, die Bestrafung des wiederholten dritten Diebstahls betreffend — trug das Hofgericht dem Justizministerium vor:

„Bei der Abstimmung über die Bestrafung des wiederholten dritten Diebstahls hat sich bisher bei diesseitigem Collegium eine auffallende Verschiedenheit der Ansichten und Meinungen der Votanten hinsichtlich der Anwendung unserer Strafgesetze gezeigt. Wir erlauben uns, in dieser Beziehung, einige dahier früher abgeurtheilte Fälle anzuführen, wo jedesmal die höchste Bestätigung des Urtheils erfolgte.

Der eine betrifft die Untersuchung gegen Sophie Ehmann von Heidelberg wegen wiederholten dritten Diebstahls, welche unterm 1. Februar 1813 zu vierjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt wurde. Der damalige Referent hatte auf den Grund der Erläuterungen zum Strafedikt vom 23. Mai 1812 §. 78 und 93 auf 2 Jahre Zuchthaus nebst Verdopplung der auf den ersten gemeinen geringen Diebstahl festgesetzten Strafe, nämlich vierwöchiges Gefängniß, angetragen. Dahingegen bezog sich der Legent auf die Erläuterungen ad §§. 94 — 96 und ad §. 77, nach welch letzterem der dritte Diebstahl eine eigene Gattung des Verbrechens ausmacht, folglich auch hier die Verdopplung der Strafe des dritten Diebstahls Statt finden müsse. Sämmtliche übrige Votanten waren dieser Meinung beigetreten. Der andere Fall findet sich bei der Aburtheilung gegen Franz Leyser von Neidlingen, welcher unterm 10. November v. J. zu 2 Jahr 9 Monaten Zuchthaus verurtheilt wurde. Hier ging der Antrag des Referenten in Beziehung auf §. 77 des 8. Edikts und §. 93 der Erläuterungen auf fünfjähriges Zuchthaus. Die übrigen Votanten dahingegen hielten nach Maß-

gabe des §. 78 und 93 der Erläuterungen hier nur 2½ Jahr Zuchthaus gesetzlich anwendbar, indem nach der ausdrücklichen Bestimmung des §. 93 in Bezug auf die nach Größe des Schadens wachsenden Strafen in der fortgesetzten Berechnung der früheren Summe des Schadens zu der letztern schon von selbst das Maß für die Wiederholung liege. Der Strafzusatz von drei Monaten gründet sich auf die besondern, bei dem Diebstahle vorgewalteten Umstände in Bezug auf §. 71 der Erläuterungen. Bei dem heute sub Nr. 137 abgeurtheilten Falle des wiederholten dritten Diebstahls der Marie Hornig, war die Majorität auf der Seite des Referenten, welcher in Bezug auf die Erläuterungen §. 78 und 93 auf 4 Jahre Zuchthaus angetragen hatte.

Bei dieser Verschiedenheit der Ansichten sehen wir uns veranlaßt, das großherzogliche hochpreißliche Justizministerium gehorsamst zu bitten, uns rücksichtlich der bestimmten Anwendung der Strafgesetze bei wiederholten dritten Diebstählen gemessene Vorschrift für künftige Fälle darüber ertheilen zu wollen, ob der wiederholte dritte Diebstahl immer mit der verdoppelten oder verdreifachten ꝛc. Strafe des dritten Diebstahls zu bestrafen, oder ob, da die Straferhöhung schon in der Berechnung der hinzugekommenen Summe liegt, nur das nach dieser erhöhten Summe sich ergebende Strafmaß, und wenn die durch die Wiederholung hinzugekommene Summe zu unbeträchtlich ist, allenfalls ein willkührlicher Zusatz, nicht aber gerade die Verdopplung, Verdreifachung ꝛc. zu erkennen, und ob, falls die Ansicht, daß die Verdopplung ꝛc. Statt finde, für die richtige erklärt werde, alsdann dennoch zugleich eine Berechnung der neu hinzugekommenen Summe der Diebstähle anzuwenden sei?

Darauf wurde in einem Justizministerialerlaß vom 8. März 1814 Nr. 576 dem Hofgerichte eröffnet: „Die nämlichen Anstände, welche dasselbe in obigem Bericht geäußert habe, seien auch bei den beiden Hofgerichten in Rastadt und Freiburg eingekommen, und man habe dieselbe durch die hier abschriftlich beigehende Verfügung vom 30. Oktober v. J. J. M. Nr. 3573, wornach sich daher auch das Mannheimer Hofgericht zu benehmen habe, erledigt. —“

Justizministerium.

Karlsruhe den 30. Oktober 1813.

Nr. 3573. reprod. membrum 2. des Beschlusses vom 2. d. M. Nr. 3278 in Untersuchungssachen gegen Johann Venus von Seppenhofen wegen Kirchendiebstahls.

Beschluß.

„Dem Hofgericht zu Rastadt zu eröffnen: Man glaube bemerkt zu haben, daß es den vierten Diebstahl, der nach dem Gesetz, welches den dritten Diebstahl für ein seine eigene Strafe nach sich ziehendes besonderes Verbrechen erklärt, als ein wiederholter dritter Diebstahl zu behandeln ist, nicht mit der verdoppelten gesetzlichen Strafe des dritten Diebstahls belege, sondern sich mit Ansetzung der für den dritten Diebstahl geordneten 2 Jahre Zuchthaus und der Berechnung der Summe der sämmtlichen Diebstähle (die vorhergehenden, bereits bestraften drei Diebstähle mitgerechnet) und der hiernach ausgemittelten Strafe begnüge, wohingegen andere Hofgerichte, und namentlich das zu Freiburg, bei Bestrafung des vierten Diebstahls oder der Wiederholung des dritten, auch die Hauptstrafe von zwei Jahren verdoppelt, mithin bei Wiederholung des dritten Diebstahls 4 Jahre Zuchthaus zur Basis des Erkenntnisses nimmt, und dabei noch die eben erst gemeldete einfache Erhöhung durch Berechnung des Betrags sämmtlicher begangenen Diebstähle, mit Einschluß der schon bestraften, hinzufügt. Da nun diese letztere Ansicht den §§. 77, 78 und 93 des erläuterten Edikts wegen der Strafgerichtspflege vom 23. Mai 1812 und der dabei gehabten Absicht des Gesetzgebers gemäß ist, so wird das Hofgericht davon in Kenntniß andurch gesetzt. —“ *) Man wird wohl annehmen können, daß dem vormaligen Justizministerium, welches die Erläuterungen zum Strafedikt 17 Monate früher republicirten, der Sinn derselben nicht minder als die Absicht des Gesetzgebers bekannt gewesen sei. Vermuthlich haben dieß die Gerichte auch eingesehen und nach Anleitung des vorstehenden Rescripts die Entscheidungen gegeben, durch welche, besonders weil die über 2 Jahre Zuchthaus erkennenden Urtheile dem Justizministerium zur Bestätigung vorgelegt werden mußten, eine gleichförmige Praxis constatirt wurde. Ob nun den Gerichten unter den vorwaltenden Umständen erlaubt sei, von dieser Praxis am Vorabend einer Reform unsers Strafrechts wieder abzuweichen, um mildere Strafen zu erkennen, darf um so mehr bezweifelt werden, **) als ihnen weder das

*) Da haben wir nun also die Quelle der seit 1814 beinah allgemein bestandenen Praxis. Wir sehen zugleich, daß das Justizministerialrescript vom 30. Oktober 1813, welches das Fundament derselben ist, gar keine Gründe angibt. Also lediglich in verba magistri haben die Gerichte damals jener harten Ansicht sich hingegeben, wie sie damals überhaupt alles, was das Justizministerium aussprach, ganz blind für wahr annahmen.

Daß übrigens das Justizministerium selbst nach der Verkündung der Erläuterungen in den Jahren 1812 und 1813 von der Sache keine feste Ansicht hatte, geht eben auch aus dem oben angeführten Berichte des Hofgerichts Mannheim vom 2. März 1814. hervor, indem dort gesagt ist, daß die auf die verschiedensten Auslegungen hin gefällten Urtheile jedesmal die höchste Bestätigung erhalten haben.

Darauf, daß dem Justizministerium damals nach dem Sinn der Erläuterungen und die Absicht des Gesetzgebers noch wohl bekannt gewesen seien, ist also nicht viel Gewicht zu legen. D. R.

**) Ich zweifle, ob man daran auch nur zweifeln dürfe, daß es den Gerichten erlaubt sei, eine durch einen Justizministerialerlaß in die Praxis gebrachte Ansicht, sobald sie dieselbe als ungesetzlich erkennen, wieder zu verlassen und der als richtig erkannten Ansicht zu folgen. Es ist dies nicht nur ein Recht, sondern eine heilige Pflicht der Gerichte. D. R.

Recht der Gnade verliehen, noch bekannt ist, welche Strafen der noch unvollendete Entwurf des neuen Strafgesetzbuchs für Diebstähle ins Leben führen wird. Wenigstens lassen die im VIII. Titel des Entwurfs vorkommenden §§. 162 und 163 keine sonderliche Abweichung von den durch die bestehenden Strafgesetze sanctionirten Principien erkennen, indem dort der Rückfall auch mit der Verdopplung derjenigen Strafe, die auf die Uebertretung zu erkennen seyn würde, wenn sie die erste wäre, bedroht und also der im §. 93 der Erläuterungen gegebene Maßstab mit einigen Modificationen beibehalten wird. *) Endlich ist die Stetigkeit der Praxis die sicherste Bürgschaft dafür, daß nicht von den verschiedenen Gerichten unter gleichen Voraussetzungen ganz ungleiche Strafen erkannt werden **), wobei das Vertrauen in die feste Haltung der Gerichte und die Rechtssicherheit weit mehr einbüßt, als die materielle Gerechtigkeit gewinnt, welche bei der Meinungsverschiedenheit aber die vorwürfige Streitfrage ohnehin ein Problem ist. *)

Bayer.

VI.

Civilrichterliche Competenz über Gemarkungsstreitigkeiten.

In Bezug auf die „Gemeindsbänne", also auf die Gemarkungsgrenzen ist im §. 122 der Hofrathsinstruktion eine periodische Visitation angeordnet. Dabei ist gesagt:

„es ist bei sich zeigenden Verrückungen oder Verwirrungen sogleich auf die rechtliche Einleitung der Finalerledigung vor dem kompetenten Richter dee Bedacht zu nehmen, und nur da, wo schon die Sache in solcher Verwirrung gefunden würde, die ohne prozessualische Diskussion nicht zu haben stünde, soll gegen gewaltthätige Uebergriffe ein oder andern Theils, so wie gegen weitere Verdunklungen die vorsorgliche Vorschrift des Verhaltens bis zu richterlichem Entscheid beiden Theilen von Unserer Regierung gegeben werden."

Mit dieser gesetzlichen Bestimmung, wornach die Entscheidung der Gemarkungsstreitigkeiten von den Civilrichter gehört und den Administrativbehörden nur die einstweiligen vorsorglichen Anordnungen zustehen, steht die neuere Praxis im Widerspruch. M. s. die Annalen von 1831 p. 152, und vom Jahr 1835 p. 142. Y.

---

*) Der §. 163 des neuen Entwurfs setzt auf den Rückfall keineswegs die Verdopplung der Strafe, sondern er sagt nur daß der nach §. 162 wegen des Rückfalls zu erkennende arbiträre Strafzusatz die Verdopplung nie übersteigen dürfe. Da aber innerhalb dieses Maximums alle, auch die zum öftern wiederholten, Rückfälle begriffen sind, so ist natürlich, daß der erste oder zweite Rückfall nicht schon mit dem Maximum bestraft werden könnte, sondern daß man nach §. 141 Nr. 4 insbesondere auch nach der Vielfachheit der Wiederholungen auf der Skale erst hinaufsteigen muß.

Wäre ein Diebstahl von einem gewissen Betrage als erstmaliger Dritter, z. B. mit zwei Jahren Zuchthaus zu bestrafen, so könnte er, auch wenn er der zum 6., 8. oder 10. mal wiederholte Dritte wäre, nach §. 163 dennoch in keinem Falle höher als mit 4 Jahren Zuchthaus bestraft werden, daher wäre unter sonst gleichen Umständen bei einem nur zum 1. oder 2. mal wiederholten Dritten kein Grund vorhanden, schon das Maximum des Zusatzes, nämlich im Ganzen 4 Jahre, zu erkennen, sondern es müßte nach allgemeinen Strafzumessungsgründen (§. 140 und 141). an dem Zusatz von einigen Monaten, oder höchstens von einigen Vierteljahren genügen.

Dabei kämen aber dann keine von frühern Diebstählen herrührende Marken mit in Berechnung, und überdieß wird Niemand unserm jetzigen Zeitalter die Barbarei zutrauen, daß es möglich wäre, es könnte bei uns ein Gesetz zu Stande kommen, wornach auch der geringste dritte Diebstahl mit einem Minimum von zwei Jahren Zuchthaus, oder gar noch der geringste vierte oder fünfte Diebstahl mit einem Minimum von 4 oder 6 Jahren Zuchthaus bestraft würde. D. R.

**) Die Ungleichheit der Erkenntnise ist allerdings ein Mißstand. Die Anhänger einer jeden Ansicht können aber mit gleichem Rechte ihren Gegnern sagen: bekehrt euch zu uns! — Durch öffentliche Erörterung der Frage, sowie durch reformatorische und bestätigende Erkenntnisse, muß auf eine Verständigung, beziehungsweise auf eine Gleichförmigkeit der Erkenntnisse hier wie in andern Fällen hingewirkt werden. D. R.

*) Die Meinungsverschiedenheit bezieht sich im Wesentlichen wohl nur auf die Auslegung des positiven Gesetzes. In so weit aber nicht in dieser Auslegung (nach der alten Ansicht) der Grund für die von der Praxis angenommenen harten Strafen wiederholter dritter Diebstähle gefunden wird, habe ich noch von Niemanden die Behauptung gehört, daß es der materiellen Gerechtigkeit entspreche, einen 4. oder 5. Diebstahl von wenigen Kreuzern oder Gulden mit einem Minimum von 4 oder 6 Jahren Zuchthaus zu bestrafen. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. | N^{ro.} 29. | Karlsruhe den 21. Juli. 1838.

I.

Replik in Bezug auf den Aufsatz II. in Nr. 13 der Annalen 1838.

Der obengenannte Aufsatz kommt gelegentlich einer neueren Entscheidung des hiesigen Hofgerichts auf die Erörterung in Nr. 7 der Annalen 1834 zurück, er führt die Gründe der neueren Entscheidung an, und glaubt, daß hierin die beste Widerlegung jenes früheren Aufsatzes liege. Man hat es gleichwohl für gut gehalten, diesen Entscheidungsgründen einige weitere rechtliche und politische Betrachtungen anzufügen, welche aber meines Erachtens die angeführte Entscheidung eben so wenig rechtfertigen, als es die offiziellen Gründe selbst zu thun vermögen.

Was zuerst diese letzteren betrifft, so lassen sie sich auf die Behauptung zurückführen, daß jede Pensionsverwilligung über das in §. 6 des Dieneredikts bestimmte Maß schlechthin widerruflich sei, wenn nicht eine besondere Unwiderruflichkeit nachgewiesen werde. Dieser nakten Behauptung fehlt es aber an aller rechtlichen Begründung, sie möchte daher an und für sich auch nicht geeignet seyn, eine entgegengesetzte Ansicht zu widerlegen. Schon nach allgemeinen Grundsätzen werden Pensionen in der Regel auf die Lebenszeit des Empfängers gegeben.

Klüber, öffentliches Recht der Bundesstaaten, 3. Auflage §. 493., und das badische Dieneredikt macht davon in §. 8 nur die sich von selbst verstehende Ausnahme, daß der Diener in gewissen Fällen wieder zum aktiven Dienst berufen werden könne. Wird daher eine Pension verwilligt, so geschieht es im Zweifel für die Lebenszeit, und wird die Pension durch Bezug derselben vom Diener angenommen, so entsteht ein Vertrag, welcher nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen widerruflich ist. Dazu gehört aber bekannter Dinge die Einwilligung beider Theile, und es erscheint daher rechtlich schlechthin unstatthaft, daß der Nachfolger des Regenten die von diesem bewilligten, von dem Diener angenommenen, daher vertragsmäßig feststehenden Pensionen widerrufe, wenn dieser Widerruf nicht vorbehalten worden ist. Soll aber die Widerruflichkeit der Pension nur in der Ueberschreitung des in §. 6 des Dieneredikts bestimmten Maßes liegen, so wäre in den Entscheidungsgründen nachzuweisen gewesen, daß der Regent zu einer solchen Ueberschreitung nicht befugt gewesen, die Pensionsverwilligung daher in Bezug auf das Uebermaß von Anfang an nichtig gewesen sei. Diese Nachweisung ist man aber ganz und gar schuldig geblieben, man hat sich begnügt, auf eine Zusammenstellung des §. 6 und 9 des Dieneredikts zu verweisen, und angeführt, daß hier von einer reinen Gnade des Regenten die Rede sei. Das Dieneredikt beschränkt aber den Regenten nirgends in Bestimmung der Ruhegehalte, es spricht überall nur von rechtlichen Ansprüchen der Diener im Gegensatz von Gnadenverwilligungen des Regenten, die letzteren sind unbeschränkt, es kann dafür höchstens nur eine Verantwortlichkeit der Minister eintreten, und wenn man behauptet, daß aus reiner Gnade des Regenten kein unwiderrufliches Rechtsverhältniß, kein Vertrag entstehen könne, so würde daraus folgen, daß kein Staatsdiener unwiderruflich angestellt wäre, denn jede erste Anstellung ist reine Gnadensache des Regenten, kein Unterthan hat einen rechtlichen Anspruch auf solche. Auf solche Weise läßt sich daher die Widerruflichkeit der das Maß überschreitenden Pensionen gewiß nicht begründen, die Regierung hat dieß wohl selbst anerkannt, indem sie in den Finanzgesetzen seit 1831 die Bestimmung aufnehmen ließ: „Pensionen über den im Dieneredikt bestimmten Betrag können nicht angewiesen werden.“ Damit ist denn freilich die Gnade des Regenten gesetzlich beschränkt, und der Streit über die Widerruflichkeit der unter der Herrschaft jener Gesetze ertheilten Pensionen für die Dauer derselben erledigt.

Die weiteren Betrachtungen des Herrn Gegners sprechen zuerst von Absolutismus, worauf die das Maß überschreitenden Dienerpensionen beweisen sollen, und untersuchen sodann den Rechtsgrund derselben, welcher weder in dem Dieneredikt noch in der Natur der Sache liegen soll. Versteht man unter dem Schreckwort „Absolutismus“ überhaupt jede Willkühr, jedes bewußte Abweichen von Gesetz und Recht,

so rechtfertigt sich der Aufsatz in den Annalen von 1834 wohl von selbst, indem er die verfassungsmäßige, also gesetzliche Befugniß der Regierung prüft, und darnach die bestrittene Frage entscheidet, von einer gänzlichen Unbeschränktheit oder Ungebundenheit der Regierung also überall keine Rede ist. Schon damit zerfällt das ganze jenseitige Raisonnement, welches immer davon ausgeht, daß die Regierung an ihre Gesetze gebunden sei. Sie ist es allerdings, allein gerade deßhalb muß sie rechtmäßig geschlossene Verträge erfüllen.

Gerade wer dieses verkennt, ist Absolutist und vertheidigt die Willkühr, mag diese nun gerade der politischen Richtung entsprechen oder nicht. Der Aufsatz in den Annalen 1831 gründet das Recht der Pensionäre weder auf das Dieneredikt noch auf die Natur der Sache, sondern auf den Vertrag, und man scheint jenseits diesen einfachen Rechtsgrund ganz ignorirt zu haben, weil man denselben wohl mit aller Kunst nicht beseitigen konnte. Ist die Regierung formell befugt, auch über das Maß des Dieneredikts Pensionen zu verwilligen, welche Befugniß in der Verfassung liegt, und durch das Dieneredikt nicht beschränkt, vielmehr als sich von selbst verstehend anerkannt wurde (§. 9), so ist ihre Verwilligung gültig, und hat ein Diener diese Verwilligung angenommen, so ist ein Vertrag, also ein vollkommenes Zwangsrecht, begründet, welches die Regierung nicht mehr einseitig aufheben kann. Die Heiligkeit der Verträge behaupten, heißt nicht, Willkühr predigen, sondern der richterlichen Pflicht genügen. Die Gerichte haben vorweg mit der Politik nichts zu schaffen, und es heißt den richterlichen Standpunkt verrücken, wenn man den Richter auf die jedesmalige Ansicht der Regierung oder der Stände über die Deutung der Gesetze verweist. Wohl ist der alte Ausspruch Ulpians richtig, „nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est", aber man hätte diesen Spruch nicht an den Schluß einer Abhandlung setzen sollen, welche zu zeigen sucht, daß die Regierung einseitig aufheben könne, was durch die Annahme des andern Theils zweiseitig, d. h. zum Vertrag geworden ist.

Haaß.

II.

Können die Gläubiger eines in Gant erklärten Schuldners die von demselben deponirte Summe, in so fern diese von dem Gläubiger nicht wirklich in Empfang genommen ist, zurücknehmen?

Antwort: Nein!

Aus folgenden Gründen:

Dem Schuldner steht, um sich der Schuld zu entledigen, nach dem L. R. S. 1257 die Befugniß zu, die schuldige Summe zu deponiren, namentlich in den Fällen, wo der Gläubiger abwesend oder unfähig ist, die Zahlung anzunehmen, oder der Schuldner gezwungen ist, auf Betreibung des Gläubigers die Schuldsumme zu hinterlegen, z. B. wenn er mit seiner Gegenforderung ad separatum verwiesen, zur Zahlung verurtheilt und mit der Hülfsvollstreckung bedroht wird, um bei etwa mangelnder Zahlungsfähigkeit des Gläubigers, oder wenn derselbe als Wiederbeklagter keine Caution leisten kann, wegen Befriedigung der Gegenforderung sicher zu seyn.

Die Wirkungen sowohl bei der freiwilligen als erzwungenen Hinterlegung sind im Allgemeinen die: daß das Verfolgungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner dadurch aufhört; allein die hinterlegte Summe geht nicht sofort in das Eigenthum des Gläubigers über, indem der L. R. S. 1261 dem Schuldner die Erlaubniß ertheilt, die deponirte Summe, so lange sie der Gläubiger nicht wirklich in Empfang genommen hat, zurückzunehmen und sein früheres Schuldverhältniß in allen seinen Theilen wiederherzustellen.

Wenn nun nach der geschehenen Hinterlegung, welche der Gläubiger noch nicht wirklich hingenommen hat, über das Vermögen des Schuldners die Gant eröffnet worden ist und von dem Gläubigerausschuß oder dem Massekurator der L. R. S. 1261 dahin benutzt wird, um sich der Auszahlung der deponirten Summe an die Gläubiger zu wiedersetzen und dieselbe zur Gantmasse zu ziehen, so läßt sich nicht verkennen, daß ein solcher Antrag mit vielem Anschein gemacht werden kann, indem aus jenem Satze die Folgerung abgeleitet werden kann, daß das Eigenthum der hinterlegten Summe nunmehr auf die Gantmasse übergegangen, die Forderung des Gläubigers in der zur Richtigstellung angeordneten Tagfahrt anzumelden seie.

Indessen läßt sich jener Satz schwerlich in seiner vollen Allgemeinheit behaupten, denn hat der Deponent von seiner Befugniß, die deponirten Gelder zurückzunehmen und das frühere Obligationsverhältniß wiederherzustellen, keinen Gebrauch gemacht, oder war er rechtlich außer Stande von derselben Gebrauch zu machen, so nimmt man an, daß er dieselbe zur Disposition seines Gläubigers gestellt habe und der Gläubiger als eventueller Eigenthümer zu betrachten seie.

Durch die Ganterklärung wird dem Schuldner die Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen entzogen, er wird daher unfähig das durch die geschehene Hinterlegung von seiner Seite völlig getilgte Schuldverhältniß wiederherzustellen, und in der Unmöglichkeit, worin er sich befindet, liegt denn auch zur gleichen Zeit mit dem Erlöschen jener Befugniß die Aufgabe seines Eigenthums an der hinterlegten Sache, und der Erwerb des Eigenthums an derselben durch den Gläubiger.

Der Massepfleger oder der Gläubigerausschuß vertritt die

Stelle der Gläubiger, und da, wo Rechte des Eridars geltend gemacht werden sollen, handeln sie nur als Stellvertreter desselben, haben daher nicht mehrere Rechte als der Eridar und müssen sich alle Einreden aus dessen Person gefallen lassen, so daß nichts unrichtiger seyn würde, als dem Massekurator oder dem Gläubigerausschuß eine Befugniß beilegen zu wollen, welche der Eridar auszuüben nicht mehr berechtigt seyn kann. Besch.

Anmerkung der Redaktion. Allerdings wird der Gantschuldner durch Eröffnung der Gant nach §. 824 der Prozeßordnung der Verwaltung seines Vermögens verlustig, er kann über das Seinige nicht mehr frei verfügen. Aber nur im Interesse seiner Gläubiger und zu deren Vortheil ist er in dieser Beziehung beschränkt, und die Befugnisse, die er verliert, gehn auf die Letzteren über (§. 840), oder mit andern Worten: er verliert an den Rechten über sein Vermögen nur so viel, als eben die Gläubiger daran erwerben.

Die Gantgläubiger können alle Rechte ausüben, hinsichtlich deren Ausübung der Gantmann selbst (eben nur in ihrem Interesse) beschränkt ist. Es steht ihnen also auch nichts im Wege, die nach S. 1261 dem Schuldner, der eine noch nicht angenommene Hinterlegung machte, zustehenden Rechte auszuüben.

Richtig ist, daß die Gläubiger nicht mehr Rechte haben können, als der Eridar selbst hatte. Damit ist aber zu verstehen: nicht mehr, als der Eridar vor Eröffnung der Gant selbst hatte; denn wenn auch diejenigen Rechte, welche der Eridar eben nur durch die Ganteröffnung verlor, nicht auf die Gantgläubiger übergingen, so bekämen die Letztern gar nichts.

Bei jedem andern Aktivum könnte man ganz den nämlichen, im obigen Aufsatze angeführten Schluß machen: der Eridar hätte durch die Ganteröffnung z. B. die Disposition über eine Aktivforderung verloren, er könnte sie nicht mehr einziehen, und da nun auch die Gantgläubiger diese durch die Ganteröffnung dem Eridar entgangenen Rechte nicht mehr ausüben könnten, so stünden sie gar niemanden mehr zu, und die Aktivforderung könnte von gar niemand mehr eingezogen werden. D. R.

III.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Schenkung der Sache des Erben.

Im Jahr 1818 verheirathete sich Kornel S. mit Marie M., welche aus einer früheren Ehe mit Johann W. mehrere Kinder hatte, darunter einen Sohn Jakob W.

In einem Ehevertrage sicherte Maria M. dem Kornel S. zu, daß er, im Falle ihres Vorabsterbens, den lebtäglichen Wohnsitz in einem eigenen Zimmer des vorhandenen Hauses haben solle. Es fand sich aber, daß dieses Haus Eigenthum des ersten Ehemannes war. Maria M. ging mit Tode ab, und das Haus gelangte bei der Theilung an Jakob W., welcher seinem Stiefvater den Wohnsitz verweigerte. Dieß veranlaßte den Kornel S. zur Klage, wobei der Inhalt des Ehevertrags von 1818, der Tod der Marie M. und der Umstand zur Grundlage dienten, daß Jakob W. zufolge der Theilung in den ausschließenden Besitz des Hauses gekommen sei. Jakob W. entgegnete, daß er das Haus von seinem Vater ererbt und seiner Mutter ein Verfügungsrecht nicht zugestanden habe. Es handelte sich also um die Entscheidung der beiden Fragen:

1) ob die Schenkung einer fremden Sache gültig sei?

2) ob solche nicht gültig werde, wenn der Eigenthümer den Schenkgeber beerbt?

Die erste Frage wird verneint von Zachariä in seinem Handbuche des französischen Civilrechts, 3. Auflage §. 182 Not. 1, 2. Bd. I. S. 357 — 358 und §. 676 Not. 1, 2. Bd. IV. S. 210 aus den Gründen, welche bei der Berathung des Code Napoleon zu den Artikeln 1021, 1599 angenommen wurden, daß Niemand mehr Recht auf einen Andern übertragen könne, als er selbst habe, und daß darum bei allen Rechtsgeschäften, welche Eigenthum übertragen sollen, nur der Eigenthümer gültig verfügen dürfe. Les codes français annotés par Lachaye etc. ad art. 1599 Maleville analyse raisonnée, ad art. 1021, 1599. Brauer, Erläut. Bd. II. S. 431 — 434. Bd. III. S. 493 — 496, was denn auch beim Schenkungsvertrage eintreffe. L. R. S. 894, 938. Dagegen wollen mehrere Ausleger des französischen Civilrechts, als:

Troplong de la vente Nr. 236. Troplong des priviléges etc Nr. 521, 522. Duranton cours de droit français (édit. de Bruxelles) Tom. 9 Nr. 179.

Die zweite Frage bejahen, und wenigstens in Bezug auf den Kauf- und Pfandvertrag behaupten, daß solche ex post facto gültig werden, namentlich mittelst Beerbung des Verkäufers und Pfandschuldners durch den wahren Eigenthümer, weil dann für den Käufer und Pfandgläubiger jede Gefahr der Entwährung hinwegfalle.

Allein mit dem Grunde des Gesetzes fällt nicht auch die Wirksamkeit des Gesetzes selbst, Thibaut, Theorie der log. Auslegung §. 22. Außerdem ist der gesetzlichen Bestimmung, welche in L. R. S. 1021, 1599 allgemein spricht, der angeführte Grund nicht untergelegt, und endlich kann insbesondere bei Schenkungen in der Regel von der Gefahr der Entwährung nicht gesprochen werden, weil nur in speziellen Fällen eine Gewährleistung Statt hat. L. R. S. 952 a.

Das Gesetz unterstellt vielmehr, daß einem Rechtsgeschäfte der Gegenstand fehle, wenn eine fremde Sache zu Eigenthum übertragen werden soll. Ein Rechtsgeschäft ohne Ge-

genstand, welcher zum Wesen gehört, ist deßhalb an sich ungültig. L. R. S. 1108. Zachariä a. a. O. §. 342. Bd. II. S. 278. Was aber anfänglich nicht vorhanden war, kann später ohne Zuthun der Vertragspersonen nicht hinzukommen, wenn nicht beim Vertrage selbst ein künftiges Ereigniß zur Bedingung erhoben oder für die Erfüllung des wahren Eigenthümers gut gesagt worden ist. L. R. S. 1120, 1168. Nach diesen Grundsätzen wurde der angeführte Fall zum Nachtheile des Klägers entschieden. Mayer. *)

IV.

(Fortsetzung der rechtsphilosophischen Aufsätze von R.)

3) Die Knechtschaft.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

Auf das Denken und die Freiheit hat man vorzugsweise das Recht gestellt, und was Unfreiheit und Knechtschaft sei, das werden wir genau wissen müssen, wenn wir den Zustand des Geistes, der einem heutigen Juristen schlechterdings nicht mehr ziemt, verlassen und uns zur Freiheit im Rechte erheben wollen. Weil aber von Knechtschaft keine Rede seyn kann, wenn kein Herr da ist, so wird auch bei einer Betrachtung derselben die Herrschaft ihr unabweisbares Spiel mit treiben und die untrennbare Vereinigung Entgegengesetzter auch hier als das Unvermeidliche erscheinen.

Nicht nur alles Glück und Unglück, sondern auch der ganze Werth des Menschen liegt in dem Punkte zusammengedrängt, den wir im Allgemeinen Bewußtseyn nennen, und es ist bei jedem geistigen Verhältnisse das Bewußtseyn mehr oder weniger mit im Spiele. Man wird also wohl bezeichnend von herrischem und knechtischem Bewußtseyn reden können.

So gefaßt liegt die Entstehung der erwähnten Gedankenerscheinung, die man Einheit Entgegengesetzter nennen kann, sehr klar vor uns, und zugleich sieht man leicht, wie auch noch andere Gedanken darin versteckt liegen, die nur gesehen zu werden brauchen, um interessant zu seyn.

Der Herr ist für sich seiendes Bewußtseyn; diese beruhigte Einheit seines Bewußtseyns und Sicherheit seiner Persönlichkeit ist er aber nur, in sofern er durch ein anderes Bewußtseyn mit sich vermittelt ist, und zwar durch ein solches, das mit dem festen selbstständigen Seyn der Dinge so verknüpft ist, daß ihm diese Dingheit für das Wesentliche gilt. Wer im Kampfe nicht von den Dingen und dem Besitze abstrahiren kann (denn der Besitz ist ja nicht das Höchste, auch nicht im Recht), der ist durch diese Kette, wie Hegel in der Phänomenologie entwickelt hat, gebunden. Der Herr hat die Macht über das Ding und den Besitz, das Ding und sein Genuß ist mächtig über den Knecht, und so hat der Herr in diesem Schlusse schon durch das blosse Seyn des Dings den Andern in seiner Gewalt. Durch dieses Hängen an den Dingen ist der Knecht genöthigt, sie zu bearbeiten, und schiebt sich selbst zwischen den Herrn und die Dinge, läßt jenem den Genuß und hat für sich die Begierde und die Arbeit.

Verfolgt man das Verhältniß genauer, so sieht man unter Anderem, daß das dienende Bewußtseyn, wenn es zu Gedanken und Reflexionen über seinen Zustand kommt, diese nicht zu äußern wagen darf, sondern, mit seinem Denken in sein Innerstes zurückgedrängt, mit steigender Empörung einsehen lernt, wie der Herr die besten und edelsten Kräfte seiner Sklaven benützt, um Gegenstände zu bilden und Dinge zu formiren, so wie er sie braucht oder wünscht. Zugleich sieht die dienende Seele an dem Herrn, wie das Fürsichseyn des Menschen aussieht und sich benimmt; der Sklave lernt herrschen. Und wenn auch dem dienenden Bewußtseyn die beiden Momente und Theile des Verhältnisses der Herrschaft noch auseinander fallen, weil es selbst nur Knecht und ein anderes Bewußtseyn Herr ist, so gelangt es doch durch seine Stellung nothwendig zur Einsicht in beide Seiten, und diese Endpunkte dann im Denken zusammenzubringen und zu verwechseln, dazu bedarf es nur einer kleinen gelegentlichen Reflexion. Der Sklave wird durch seine Stelle zum Denken genöthigt, und ein Sklave, welcher denkt, hat im Gedanken seine Grenze überschritten. In den uns hinterlassenen griechischen und römischen Comödien liegt gerade in den Charakteren der Sklaven eine Richtung und eine Masse von Intelligenz, welche allein schon das Gesagte so bestätigt, daß alle weiteren Beispiele überflüßig sind.

Eben so zeigt es sich, daß das herrische Bewußtseyn in das knechtische übergeht, denn das, woran der Mensch immer denkt, steht in allzu naher Beziehung mit seinem innersten Wesen, als daß dieß nicht davon affizirt werden sollte; und woran sollte der Herr öfter zu denken veranlaßt seyn, als an den Knecht und an den Dienst; und die uralte Erfahrung lügt nicht, daß strenge Herrn auch gut zu gehorchen wissen. Es liegt also in der Herrschaft selbst so sehr das Verkehrte und das Gegentheil dessen, was sie seyn will, als in dem Bewußtseyn des Knechts der Keim zu dem Gegentheile dessen liegt, was er seyn soll. Der Knecht ist genöthigt, immer an sein, ihn beherrschendes, Wesen zu denken, und so verwandelt sich nach und nach sein wesentlichstes Denken in Reflexionen über die Herrschaft, so daß der beste Knecht die beherrschende Knechtschaft am besten verstehen muß. Das in sich zurückgedrängte Freiheitsgefühl des Knechts hat in sich nicht nur den Trieb, auch die Kraft des Bewußtseyns, um bei jeder Gelegenheit zu freier Selbstständigkeit sich umzukehren. Der Herr vergißt, daß sein Sklave ein Selbstbewußtseyn ist, und daß er ihn durch den Druck zur Freiheit erzieht; der Sklave

*) Hofgerichtsassessor in Freiburg.

vergißt aber nie, daß sein Herr eine knechtische Seele ist. Der Keim zur Umkehrung liegt also im innersten Wesen der Herrschaft, alle Geschichten enthalten die wirklichen Beweise solcher Verkehrungen, und wer jetzt noch einen christlichen Staat zu absoluter Herrschaft einrichten wollte, würde mit der Einsicht in das Wesen des Geistes auch alle Erfahrung bei Seite setzen. Daß in solchem hohlen Verhältnisse von Recht gar keine Rede ist, daß die Sklaverei als solche gar nicht mehr zum Recht gehört, diese Einsichten hat die Zeit und der Kampf der Herren und Knechte endlich für uns Europäer herbeigeführt, und wir werden die theuer genug erkaufte Erfahrung nie vergessen, daß, wie dem Herrn das Dienen das Wesentliche ist, was sein Denken erfüllt und verschlechtert, eben so der Sklave nur zur Freiheit erzogen wird, und niemals zu etwas Anderem, besonders wo der Keim zum Knechtseyn gar nicht in der Religion liegt, so daß wir bei der Umkehrung nicht bloß von Knechtschaft zu Knechtschaft gegangen sind, wie Orientalen, wo die Seelen knechtisch blieben, sondern dazu sind wir gekommen, daß der einzelne Christ auch den Andern frei wissen will, und in diesem Punkte liegt das ganze Geheimniß.

Weniger im Sinne christlicher Liebe waren schon in den ältesten Zeiten verständige Menschen darauf aufmerksam geworden, daß, wer den Wolf an den Ohren hält, keine Hand frei hat, und diese mochten dann nicht gerne herrschen; aber eine vernünftige Ordnung mit gegenseitiger Freiheit für Alle, dieß ist ein Gedanke, dessen Möglichkeit erst mit dem Christenthum und seiner thätigen Liebe nicht mehr bezweifelt wurde. Daß ein Einzelner frei seyn will, liegt nahe und führte zur absoluten Herrschaft; daß Einige von der Knechtschaft ausgenommen seien, war der nächste Schritt; daß es aber möglich seyn solle, allen Menschen in einem Staate ihre persönliche Freiheit zu lassen, die Lösung dieses höchsten Problems vernünftiger Christenliebe war der neueren Zeit aufbehalten, und aus diesem Gesichtspunkte muß man die Versuche der Völker ansehen, und die constitutionellen Monarchien, mit der Freiheit der Person als Rechtsprinzip in ihrer in der Hauptrichtung nicht mehr aufzuhaltenden Entwicklung beurtheilen. Wenn man zweifelhaft seyn könnte, ob das Prinzip des Rechts auch wirklich die Freiheit sei, so wird es gut seyn, den Blick auf die angedeutete Weise ein bischen zu erweitern, und die Erinnerung an die Religions- und Profangeschichte wird nicht weniger, als die Philosophie, diese jetzt einzig geltende Ansicht in ihrer Richtigkeit bestärken.

Daß man also heutiges Tags das Recht und auch die Rechtwissenschaft mit dem Standpunkt des freien Willens anfängt und darauf basirt, dadurch ist alle Herrschaft und Knechtschaft im Sinne der Sklaverei unmöglich gemacht; oder vielmehr umgekehrt, weil das Christenthum in seinen Folgen die ganze historische Ansicht über das Recht der Sklaverei über den Haufen gestürzt hat, und die thätige Christenliebe weder Gewalt noch Kriegsrecht, weder Ernährung noch sonstige Wohlthaten als Berechtigung gelten läßt, daß der Mensch den Menschen als bloßes Naturwesen und Thier ansehen und den freien Geist in ihm verkennen dürfe, weil das Christenthum die freie Existenz des Menschen zum Ausgangspunkt für die Wahrheit genommen hatte, darum, und nur darum konnte es in die Köpfe vernünftiger und guter Christen kommen, auch die Rechtswissenschaft von aller historischen Willkühr und heidnischen Theorieen zu befreien, und das Recht unter den einzigen vernünftigen Gesichtspunkt, unter den freien Willen zu stellen. Wenn es daher auch immer einzelne Menschen geben kann, welche das absolute Unrecht der Sklaverei in ihrem Interesse finden, so ist doch jetzt endlich der Richter, schon durch seine Wissenschaft auf die Stufe eines freien vernünftigen Geistes gestellt und durch den Zusammenhang der Gesetze angewiesen, gegen die Willkühr als christlicher Kämpfer ausharrend zu zeigen, daß der Standpunkt seines Bewußtseyns ein ideeller und die Idee der Freiheit in ihm thatkräftig sei.

Dieser energischere Wille ist nöthig, denn die Geschichte hat bewiesen, daß sich alle und jede Vorurtheile und falschen Begriffe über menschliche Verhältnisse und Staatsverfassungen unter die Vorstellung von Recht subsumiren lassen. Daß die Sklaverei, die Menschenopfer, und ähnliches, zum alten Recht gezählt wurden, das hat Hegel irgendwo unter die unzähligen Infamien gerechnet, die in der Welt schon für Recht gegolten haben.

Wenn man sich die Sache so vorstellt, daß der Staat aus Einzelnen als solchen bestehe, also aus Privatleuten, welche nur durch irgend ein äußerliches Band zusammengehalten werden, und wenn man diese Gewalt die Herrschaft nennt, die man dann eben so wieder in ein Subjekt als Eins zu verlegen gezwungen ist (denn der Gesinnung nach getrennte Einzelne können nur durch einen kräftigen Einzelnen zusammengehalten werden), dann ist freilich der vollkommenste Despotismus schon vorhanden. Sobald einmal eine solche Zeit eingetreten ist, wo dieß allgemeine Ansicht geworden, wie zur römischen Kaiserzeit, dann ist mit dem Untergang alles Volkslebens und überhaupt alles freien Lebens, auch das Recht ohne alle höhere Basis, und in solchen Zeiten war man freilich darauf gewiesen, das Eigenthum der einzelnen Person als solcher im Privatrecht für ein Letztes zu halten, statt daß man in guten Zeiten auch dieses hauptsächlich auf die Familie, und dadurch auf den Staat zu beziehen gewohnt war.

In unsern Staaten ist die Regierungsgewalt durchaus keine Herrschaft mehr in dem Sinne der Willkühr, denn sie ist ja nicht für sich stehend, so wenig als, in noch hö-

herer Spitze, die fürstliche Gewalt etwas völlig isolirtes und nur reine Herrschergewalt ist. Die Gemeinden, die Corporationen und Individuen haben aber eben so wenig eine blos massenhafte Gewalt gegen den Organismus des Staats, und wenn die Tirannei, von Oben und von Unten her, unmöglich gemacht ist durch Constitution und Gliederung, so ist auch die Gesinnung aller Staatsbürger, durch gute Erziehungsanstalten und Beförderung des sittlichen Familienlebens geweckt, die allgemeine Basis und reale Möglichkeit der wirklichen geordneten Freiheit in unseren Staaten.

Es war ein altes Bild, daß man die Herrschaft mit belebten und beseelten Körpern verglich, aber die Glieder des großen Staatsthieres sind selbst wieder Beseelte, deren jedes wieder über andere herrscht; und wie man sich nun die Selbständigkeit zu denken habe und den relativen Begriff der Herrschaft und des Organismus, das ist durch solche Vergleichungen immer nur oberflächlich angedeutet, wenn wir den Begriff freier Persönlichkeit nicht fallen lassen wollen. Ist aber das Bild vielleicht richtiger, als es scheint, dann wird in jedem Staate die freie Willkühr der Einzelnen organischen Verhältnissen untergeordnet werden müssen, daß das Ganze doch nur wie Eine Seele zu haben scheint. Dieser verborgene logische Widerspruch der Einzelnheit und Allgemeinheit, und sein geordnetes Verhältniß, wobei keines von beiden völlig suberdinirt werden soll, ist das Schwierige, aber Nothwendige, in jedem Staate so gut, als in allen Rechtsverhältnissen.

Wenn man, mit oder ohne Geschichtkenntniß, die Herrschaft als Herrschsucht sich denkt, und darunter alle Laster, die Habsucht, den Betrug, auch die Gewaltthätigkeit mit Raub und Mord, den Neid und den Haß ohnehin, subsumirt glaubt (wozu sich freilich in der Geschichte Beispiele genug finden, auch außer dem uralten Herzog Karl von Burgund und seinem königlichen Freund und Hauptwidersacher), dann hat freilich eine solche Herrschaft der Leidenschaften nicht den Geist des Christenthum in sich.

Aber auch eine weltliche Herrschaft kann sich selbst der Vernunft, der Tugend und Gottesfurcht unterwerfen, wofür sich auch schöne Beispiele vorfinden und dann ist auf einmal die Wortbedeutung eine ganz andere, und das weltliche Regiment ist dann in guten Händen, welche Staatsform auch vorhanden seyn mag.

Daß in jedem denkbaren Staate irgend ein allgemeiner Wille vorhanden seyn muß, der in letzter Instanz nicht wieder allen Einzelnen als solchen verantwortlich ist, das ist Erfahrung, denn das Gegentheil ist völlig unmöglich und daher gewiß auch unvernünftig; daß aber dieser allgemeine Wille (man meint das Vernünftige) immer nur in dem Willen eines Einzigen liegen müsse (was freilich ein Zustand der absoluten Herrschaft wäre oder des vollkommensten Despotismus), davon läßt sich nun einmal die europäische Christenheit nicht mehr überreden. Der vernünftige allgemeine Wille soll, das wollen wir, in Gesetzen ausgesprochen seyn, und auch die Konsequenzen aus diesen allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen sollen nicht in der Willkühr irgend eines Despoten liegen, sei er ein Regent oder Minister, oder gar nur ein Richter. Die Befreiung von der Willkühr suchen wir also in vernünftigen Gesetzen und das Recht soll vernünftig seyn, ist die unabweisliche Forderung der Zeit. Der Jurist, und namentlich der Gesetzgeber, hat jetzt vielleicht nichts so nöthig, als Philosophie, und das fühlen auch Alle, was ihrem Verstande Ehre macht.

In einem Staate, das sieht man jetzt allgemein ein, ist es nicht bloß der Regent und die Mitglieder der Regierung, welche eine Herrschaft ausüben können, sondern auch die mittleren Beamten hatten ja schon vielfältig eine ganz eigentliche Aristokratie gebildet und in ihrer isolirten Stellung eine Willkühr ausgeübt, welche endlich in unseren neuern konstitutionellen Staaten nicht bloß durch die ständige Beaufsichtigung von Oben, sondern auch, und namentlich durch Korporationsrechte, vom Volke her gehindert wird. Man weiß nun, daß in jedem Stande der Gesellschaft die Möglichkeit liegt, ein Uebergewicht über die andern zu bekommen, sie dann willkührlich zu beherrschen und das nöthige Gleichgewicht der Kräfte zu stören. Wenn also aus höherem Gesichtspunkte das Gleichgewicht von Europa eine wichtige Idee für Staatsmänner war, so ist auch eine Abnormität in der Gewalt eines einzelnen Standes, und selbst wenn es der Kaufmannstand wäre (die Juden rangiren hauptsächlich hieher), etwas ohne allen Zweifel verderbliches, weil dann die Hauptinteressen des Staates aus dem rechten Gesichtspunkte gerückt sind und somit die gesunde Organisation gestört ist, was immer zu irgend einem Sklavenverhältnisse führen muß.

Daß man die Fabrikarbeiter und besonders die Fabrikjugend mit Sklaven verglichen hat, war human, daß wir aber an diese Vergleichung auch immer uns erinnern, das fordert die Christenpflicht, und daß die Fabriksklaven auch schon oft zur Gewalt geschritten sind gegen ihre Futterherren, das ist ein historisches Wissen, daß sie aber dann gewöhnlich im Stand der Gnade und auf frommem Wege waren, daran mußte der Richter denken. Denn wenn man unter Knecht, im Sinne des Sklaven, die vollendete Abhängigkeit des Menschen versteht und mit Recht bei der Knechtschaft an unsere noch sogenannten Knechte nicht denkt, d. h. an Leute, die freiwillig gegen Lohn auf eine bestimmte Zeit gewisse Dienste zu leisten sich anheischig gemacht haben: so ist doch genau zu überlegen, ob nicht bei Fabrikherrn und ihrem Verhältnisse zu ihren Leibeigenen ein Punkt eintreten kann, wo diese voll-

kommen abhängig sind, und für diese tiefste Erniedrigung des Menschen hat man ja den Ausdruck Sklave. Wenn im alten Rom und im neuen Amerika Sklavenaufstände Statt fanden, oder wenn man sagen hörte, daß unterdrückte Völker, wie etwa die Griechen, sich empört hätten, so lauten uns alle Ausdrücke, die eine Pflichtverletzung gegen den Gewaltherrn ausdrücken, genau genommen, lächerlich; denn da der Sklave keine Rechte hat, welche nur ein freier Mensch haben kann, so kann er auch keine Pflichten haben, ausgenommen die einzige allgemeine Menschenpflicht, sich, sobald es thunlich ist, von seinem Joch zu befreien und wenigstens zur allererersten Stufe freier Menschlichkeit zu erheben. Daß übrigens der Sklave auch das absolute Recht habe, sich frei zu machen, ist, wenn man noch darnach fragen wollte, in dieser Pflicht als Mensch gegen sich selbst enthalten. Sind bei einem Zusammenseyn einer Menschenmasse nur auf Einer Seite Rechte, und auch die Pflichten nur einseitig, so fehlt die Gegenseitigkeit, und damit der Zusammenhalt und die Grundlage dessen, was wir uns unter Staat denken, und solche einseitigen Knechtsverhältnisse sind auch, die Geschichte lehrt dieß genugsam, bei dem nächsten Anstoße von Außen immer soglrich zerfallen. Alle Volksstämme, mit auch nur einiger freien Persönlichkeit, im Conflict mit Sklavenmassen, haben immer gesiegt; und, wenn auch oft zu ihrem eigenen Verderben, so haben sie doch bewiesen, daß die Energie der Völker in der relativen Freiheit und Selbständigkeit der einzelnen Presönlichkeit liegt.

Auch Colonien, die nicht in gleichen Rechten mit dem Mutterland standen, haben sich befreiet, und daß selbst das Mutterland dieß als einen Vortheil ansehen lernen konnte, das haben uns, außer den Spaniern, vorzugsweise die Engländer gezeigt; und wie die Freilassung aller Sklaven ebenfalls der größte Gewinn für den Herrn sei, das zu beweisen, ist dieses große Volk jetzt ebenfalls im Begriffe.

Die Verhältnisse der alten Völker im Vergleiche mit uns neueren, sind für uns, wenn wir auch noch weit Bestimmteres über sie wüßten, wenig belehrend, weil dort immer unser erstes christliches Princip der Freiheit durch ihren Sklavenstand schon von Haus aus verletzt war und also alle ihre Institutionen auf einer Basis beruhten, die für uns nicht maßgebend seyn kann.

Was auch selbst die Griechen Großes gehabt haben, daß in diesen klaren Geistern der Tag des Wissens aufgegangen ist, daß schon ihre trübsten Erinnerungen mysteriöser Tradition durch Schönheit verklärt waren, daß sogar das Prinzip freier Persönlichkeit bei ihnen zuerst im menschlichen Bewußtseyn Bestand gefunden hat, alles unvergleichlich Kräftige und Schöne dieses Volks kann nicht verhindern, daß wir auch dieses höchst vollendete Volk des Alterthums dennoch als dem Prinzip nach unter uns Christen stehend ansehen müssen, weil sie noch einen Sklavenstand hatten und die Freiheit der Person noch nicht für Alle war; womit zusammenhängt, daß bei ihren wichtigsten persönlichen und Volksangelegenheiten die letzte Willensentschließung niemals nur im freien Selbstbewußtseyn gesucht wurde, sondern daß immer noch die Orakel und Alles, was sich daran knüpfte, überhaupt eine Macht außerhalb des freien Geistes, ihr gewaltiges blindes Spiel trieb.

Ein Mensch soll den Andern nicht als Sache ansehen und soll ihn nicht besitzen wollen, und wenn selbst die aller Gesittung noch ferne stehenden Neger, die ihre eigenen Kinder verkaufen, nur in so weit unser Mitgefühl verdienen, als sie in ferner Zukunft vielleicht mehr, als bloß brutale Naturwesen seyn werden, wobei wir auch zugeben, daß es die Schwarzen in Amerika nicht schlimmer hatten als in ihrer Heimath, so bleibt uns doch immer der menschenfreundliche Christeneifer freier Europäer als das Achtungswerthe übrig. Wir freuen uns darüber, daß man jetzt mit Kraft den sklavenhändlerischen Viehmenschen praktische Vernunft beizubringen suchet, wir sehen die ganze Abscheulichkeit dieses Entpunktes portugiesischer und anderer Brutalität wohl ein und loben das Englische Volk in seinem Freiheitstrieb; daß wir aber unseren eigenen Willen auch von den allerfeinsten Fäden dieses Gelüstens nach Menschenfleisch zu reinigen haben, wenn wir mit Ehren in einem christlichen Volke leben wollen, daran wollen wir auch denken, und wollen nicht bloß die Schwarzen bedauern, sondern auch die Weißen, wenn sie z. B. weiland in langwieriger Justiz von Pontius zu Pilatus geschleppt und dem strengen formellen Rechte so genau angepaßt worden sind, als stecke in der menschlichen Gestalt gar keine Seele.

Aus der Empörung über jede Form der Sklaverei hat sich bisweilen die Ansicht gebildet, als ob die Knechtschaft überhaupt niemals in der Welt hätte seyn sollen, und daß auch das Recht, wo möglich, ohne alle Gewalt seyn möchte. Diese Meinung hat einen edeln Grund im Gemüthe und auf dem am Ende alle Freiheit beruht, ist aber ein Mißverstand. Denn was in der Welt könnte Anderes der Stumpfheit oder Wildheit bei der Jugend oder bei Völkern entgegengesetzt werden, als das Gehorchen und die Erziehung.

Wenn man je zweifelhaft seyn könnte, ob nicht schon bei der Erziehung kein Zwang Statt finden solle, oder ob man gar eine erwachsene natürliche Rohheit durch Gewalt in vernünftige Schranken zurückweisen dürfe, so darf man nur bedenken, daß der natürliche Wille des ungezogenen Menschen an sich schon etwas Gewaltthätiges ist und was der Idee vernünftiger Freiheit mit seiner ungebildeten Wildheit entgegentritt. Begreiflich ist es zwar, wie der römische Vater und der spanische Eroberer dadurch in ein vermeintes Herrenrecht gegen Kinder und Wilde zu treten glauben konn-

ten, aber vernünftig ist es, einzusehen, daß der Mensch den Menschen zur Freiheit erzieht und nicht zur Sklaverei, und daß Zwang und Gewalt nur vorübergehendes Mittel seyn soll und nicht zu jedem Zweck. Von allen knechtischen Zuständen ist daher allerdings das Sklavenverhältniß der Kinder, wie es z. B. bei den Römern war und in deren Recht uns noch so umständlich abscheulich vor Augen liegt, das unsittlichste und was der Natur des Menschen als eines Vernunftwesens am meisten zuwider ist. Die Kinder sollen durch strengen Gehorsam und durch Brechung ihres Eigenwillens zu vernünftiger gesetzlicher Freiheit erzogen werden; weiter nichts. Der Vater hat die Gewalt, den sinnlichen Naturtrieben des Kindes entgegen, es zu einem vernünftigen und dadurch selbstständigen Menschen zu bilden, und das Majorennseyn ist der Zweck aller Minorität. Daß wir also den römischen Rechtsformalismus von uns gestoßen haben, das hat schon seine Befleckung der Sittlichkeit in ihrem zartesten Keime allein verdient; und wenn wir als Gegensatz pandektistischer Härte in der Kindererziehung eine spielende Pädagogik haben den Uebergang zu vernünftiger Erziehung der Jugend machen sehen, so müssen wir darin nicht verkennen, daß das Kindische der beste und natürlichste Uebergangspunkt aus der Härte zum rechten Maß war, um uns zu lehren, daß auch eine Erziehungsform, die selbst von den Kindern gering geschätzt wird, zwar milder, und wohl in sofern christlicher, aber doch auch gar zu unkräftig, und eben so wenig der rechte Punkt war, als die absolute Härte.

Der Begriff eines Sklaven ist sehr einfach und leicht verständlich, und es ist lächerlich nach der Härte und Beschwerlichkeit der Arbeit den Grad der Sklaverei zu bemessen. Wer den ganzen Umfang seiner möglichen Thätigkeit, und damit seine ganze Freiheit, an den Herrn veräußert hat, wie die Sklaven in Griechenland und Rom und in der alten und neuen Ost- und Westwelt, der ist durch diesen völligen Mangel aller Freiheit schon von unsern Dienstboten dem Wesen nach verschieden. Wenn der Sklave gar nichts zu thun, ja wenn er sogar nur geistige Beschäftigungen hätte, so wäre er dennoch ein Thier im Vergleich mit dem auch noch so hart arbeitenden freien Menschen, der sich nach seinem freien Belieben auf gewisse Zeit zu einer bestimmten Dienstleistung verdungen hat. Wo am Ende aus irgend einem naturgemäßen und unausweichlichen Verhältnisse des Dienstes nur ein bleibendes Joch und Sklaverei geworden war, da hatte immer auch dieser Druck die verborgene Spannkraft zum Bewußtseyn gebracht, wenn auch nur irgend eine Idee von Freiheit, als letztem Ziel des Geistes sich in der Religion noch erhalten hatte. Wenn man den germanischen Nationen das Christenthum nehmen und sie etwa zu Juden oder Verehrern des Brama machen könnte, dann wäre vielleicht der Hauptzug in ihrem Denken zu verwischen, daß alle Unfreiheit am Ende zur Freiheit führen müsse. Die Erfahrung hat gelehrt, wie in völligem Irrthum viele, vielleicht wohlmeinende Freiheitsapostel waren, die durch Trennung von bestimmter Religion und von Christenthum gebundenen Geister zu etwas Anderem, als zu fürchterlicher Freiheit lösen zu können deßwegen meinten, weil sie ohne alle Einsicht in das Wesen des Geistes, die leere Freiheit, die praktisch sich als sinnlose Wildheit äußert und als gebunden an einzelne zufällige Meinungen, mit der wahren Freiheit des Geistes zu verwechseln nicht vermeiden konnten.

Sogar bei dem Höchsten, der Beziehung des Menschengeistes auf Gott, ist uns das Verhältniß der Herrschaft und Knechtschaft nahe gelegt und das Bedürfniß darüber zur Klarheit zu kommen. Mögen sich die Menschen Gott vorstellen, wie sie immer können, so haben wir einmal die Idee, daß der Glaube, wenn er lebendig seyn soll, und keine bloße Knechtschaft des Geistes, in unserer eigenen Seele lebendig seyn müsse, und daß der Geist der Wahrheit in uns wohnen müsse. Dieses Bedürfniß fester religiöser Grundsätze können wir uns als ungetrennt denken von dem Bedürfniß des Manngeistes nach Thätigkeit und Beweglichkeit der Gedanken, und auf diesem Standpunkte läge es nahe, sich eine Theologie, ich meine eine Wissenschaft der Religion, als möglich zu denken. Ganz ähnlich ist es mit der Wissenschaft des Rechts und ihren Prinzipien gegangen, die aber noch weit weniger bloß geglaubt werden können. Und wenn das Streben des Menschengeistes nach Grundgedanken und ihrer Explikation, z. B. die scholastische Theologie erzeugt hatte, so hat derselbe philosophische Trieb im Geiste auch das Recht nicht ohne Denken lassen können und die Vernunft hat sich auch im Rechte offenbar zu werden gestrebt.

(Fortsetzung dieser rechtsphilosophischen Aufsätze folgt).

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. — Nro. 30. — Karlsruhe den 28. Juli. 1838.

I.

Duplik über die Frage: ob auf zusammentreffende Inzichten peinliche Strafe erkannt werden darf?

Gegen meine Abhandlung in Nr. 31 des fünften Jahrgangs dieser Zeitschrift ist der erste und einzige Angriff in Nr. 12 der Annalen d. J. erschienen. Meine Antwort darauf befindet sich in Nr. 16 und die anderseitige Replik in Nr. 20.

Als angegriffener Theil vindicire ich daher das Recht zu gegenwärtiger Duplik, weil mir das letzte Wort gebührt *).

Mein Freund verlangt Beweis darüber: daß aus bloßen Anzeigen bald nur entfernter, bald mehr oder minder dringender Verdacht, bald jedoch auch völlige criminalrechtliche Ueberführung hervorgehen könne.

Ich entspreche diesem unpräjudicirlichen Ansinnen 1) durch Citirung der Art. 25 — 27, und 29 — 32 C. C. C., worin zwischen redlichen Anzeigen, welche eine halbe Beweisung ausmachen und solchen, welche dazu nicht hinreichen, distinguirt wird; 2) durch Berufung auf die §§. 6, 11 und 18 des Strafedikts, welche zwischen Verdacht, hinlänglichem Verdacht und zureichenden Inzichten unterscheiden; 3) durch Rückbezug auf die früher angeführten Autoritäten, welchen noch einige beigefügt werden, als:

Pfeiffer prakt. Ausführungen, Bd. II., S. 426 und 431.

Mittermaier Lehre vom Beweis, S. 470 und 475.

Bauer, in den Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, V. Bd., 1. Abth., S. 8. ff., die jene Gradationen ebenfalls annehmen; endlich 4) durch Allegation der selbsteigenen Erklärung meines Gegners in Nr. 20, S. 126, wo derselbe in thesi genommen, ausdrücklich zugibt, daß auch Indicien eine völlige criminalrechtliche Ueberführung eines Verbrechers erzeugen können!

Es wird somit auch richtig seyn, daß zwischen bloßem Verdacht und zureichenden Anzeigen ein himmelweiter Unterschied besteht, nämlich der, daß ein vollständiger Inzichtenbeweis die Verurtheilung, ein unvollständiger hingegen die Freisprechung des Angeschuldigten zur Folge hat. Der Widerspruch, in welchen ich deßfalls gerathen seyn soll, hat seinen Sitz bloß darin, daß mein scharfsinniger Kollege nicht einsehen will, daß der Unterschied nicht in der Gattung, sondern in dem Ergebniß der Beweismittel liegt, wie schon in Nr. 12, S. 100 angedeutet ist.

Wenn er aber sogar behauptet, ich hätte eingestanden, daß unsere Gesetzgebung den Indicien nicht die Kraft der Hervorbringung criminalrechtlicher Gewißheit beilege, so verbürgt meine Eingangs gedachte Abhandlung, daß ich diesen grundfalschen Satz niemals eingeräumt habe. — Noch einmal ergreife ich die Feder, um das Gegentheil nachzuweisen.

Es ist eine nicht hinweg zu räsonnirende Thatsache, daß alle Obergerichte des Landes auf zusammentreffende Inzichten das Schuldig aussprechen, ohne daß die gesetzgebende Gewalt sich veranlaßt sieht, Einhalt zu thun. Man wird zwar einwenden, daß diese Praxis dessenungeachtet rechtswidrig sei, weil sie dem Verbot des Art. 22 C. C. C. zuwiderlaufe. Allein der Vorwurf ist unstichhaltig, weil das Verbot selbst nicht mehr besteht. Die Gerichtspraxis beurkundet vielmehr die durch Präjudicien als herrschend erwiesene Ansicht von der durch die partikularrechtliche Abschaffung der Tortur erfolgten Aufhebung jenes Verbots. Der Art. 22 C. C. C. enthält zwei durch Inhalt und Fassung in der innigsten Beziehung stehende und sich (wie auch das darin gebrauchte Wort „sondern“ andeutet) wechselseitig bedingende Bestimmungen, nämlich:

*) Man kann die Rechnung auch anders machen, man kann nämlich die Ausführung der einen Ansicht in Nr. 31 von [illegible] als den ersten Schriftsatz, die Antwort in Nr. 12 (von [illegible]) den zweiten, sodann den Aufsatz in Nr. 16 als die Re[illegible] selbst [illegible] jenen in Nr. 20 als die Duplik betrachten. Indessen [illegible] lung [illegible] gegenwärtige weitere Aufsatz schon seiner Form nach ([illegible] als [illegible] tionsnote in Nr. 20 ohnerachtet) wohl passiren.

1) Die negative Vorschrift oder das Verbot, einen Angeschuldigten auf Anzeigenbeweis zu verurtheilen; 2) die positive Vorschrift oder das Gebot, auf genügsame Anzeige die Folter anzuwenden. Jenes Verbot war bedingt durch dieses Gebot, weil die Folter als Mittel diente, den Beschuldigten zum Geständniß zu zwingen, um ihn denn auf den Grund desselben verurtheilen zu können.

In Ermanglung dieses Nothbehelfs würde sich der Gesetzgeber vermüßigt gesehen haben, für den Fall des bloßen Daseyns von Anzeigen, insbesondere des Zusammentreffens mehrerer solcher Anzeigen, welchen er selbst die Kraft einer halben Beweisung beilegt, irgend eine positive Bestimmung zu geben und dadurch festzusetzen, wie beim Mangel an direktem Beweise auf die vorhandenen Anzeigen weiter verfahren oder erkannt werden soll. Sicher dürfte sich der Verfasser der P. G. O., falls man ihn hierüber befragen könnte, höchlich verwundern, wenn man ihm die Ansicht zutraute, daß er auch ohne die Folter, selbst beim Daseyn des vollständigsten Indicienbeweises, die Verurtheilung eines völlig überführten Inculpaten, würde haben ausschließen wollen *). — Da nun mit Abschaffung der Folter das Gebot, den durch Anzeigen Beschwerten mittelst dieser zum Geständnisse zu nöthigen, aufgehoben, mithin die Bedingung des Verbots hinweggefallen ist, so muß folgerichtig auch das dadurch bedingte Verbot als weggefallen betrachtet werden.

Pfeiffer a. a. O. S. 430.
Bauer a. a. O. S. 33 — 42.

Auf diesen Gesichtspunkt habe ich schon im vorigen Jahrgang dieser Zeitschrift, S. 182 und 183 hingewiesen, und in den anderseitigen Angriffen keine Widerlegung gefunden.

Wenn nun der §. 13 unseres Strafedikts sagt, daß dasjenige, was die P. G. O. über die Natur und Wirkung der Inzichten bestimmt, nur so weit anwendbar bleibe, als es ohne die Folteranwendung empfänglich ist, so wird dadurch die praktische Unanwendbarkeit des im Art. 22 C. C. C. enthaltenen Verbots auf das heutige Criminalverfahren ausgesprochen, und zugleich angezeigt, daß die mit den Ergebnissen der rationalen Beweistheorie übereinstimmenden Grundsätze des römischen Rechts, deren aushilfliche Anwendung durch jenes Verbot, so lange dasselbe mit der Folter bestand, ausgeschlossen war, nunmehr als gemeines Hilfsrecht wieder hervortreten, nach welchem bei vollem Inzichtenbeweise eine Verurtheilung zuläßig ist, wie Bauer a. a. O. S. 25 ff. so klar nachgewiesen hat, daß ihm hierin selbst die heftigsten Gegner des künstlichsten Beweises beipflichten dürften.

Wollte dagegen eingewendet werden, daß doch die Verurtheilung auf Inzichten wenigstens in den zwei Fällen nicht Statt finde, in welchen nach §. 10 des Strafedikts die Folter noch anwendbar war, so würde auch darüber leicht hinweg zu kommen seyn.

Nach Art. 69 C. C. C. wurde nämlich ein völlig überwiesener Verbrecher seines Läugnens ungeachtet ohne peinliche Frage verurtheilt. Der §. 10 des Strafedikts hingegen läßt überhaupt gegen einen, die Missethat läugnenden, Inquisiten die Tortur nicht zu, wohl aber gegen einen völlig überwiesenen, der entweder seine Mitschuldigen nicht angeben oder den Ort, wo er die zum Thatbestand gehörigen Sachen hingebracht, nicht bezeichnen will. Also um das Bekenntniß seiner eigenen Schuld zu erpressen, durfte nach dem Edikt Niemand mehr torquirt werden. War demnach, schon vor Emanirung des Gesetzes vom 25. Nov. 1831, gegen den die Thäterschaft läugnenden Inculpaten die Tortur unzuläßig, so findet auch die Verurtheilung auf zusammentreffende Inzichten ohne Ausnahme Statt. — Hieran reiht sich die im §. 14 des Edikts gegebene Anleitung, wie die einzelnen Anzeigen erwiesen seyn müssen, um den Richter in den Stand zu setzen, daraus ein Urtheil über die Schuldhaftigkeit des Inquisiten zu ziehen; eine Vorschrift, die wahrlich keinen Sinn und Zweck hätte, wenn nicht auf Indicien verurtheilt werden dürfte. Es läßt sich daher vernünftiger Weise nicht bezweifeln, daß der §. 18 unter zureichenden Inzichten solche versteht, welche zur Verurtheilung genügen und also einen rechtsbehörigen Beweis ausmachen. Dieser Begriff ist identisch mit vollem Ueberführungsbeweis, im Gegensatz von halber Beweisung oder Torturalanzeige, wie ich schon in Nr. 16 deutlich zu verstehen gegeben habe. — Die Richtigkeit dieser Interpretation ergibt sich aus der Verbindung, in welcher der §. 10 des Edikts sich des Ausdrucks „rechtsbehörig“ bedient und aus der Beziehung, in welcher der §. 18 jenen Beweisen gegenüber, welche nach §. 10 zu einer ordentlichen Straferkenntniß nicht hinlänglich sind, von zureichenden Inzichten spricht.

Die ursprünglich durch die Praxis eingeführte absolutio ab instantia gründet sich, indem sie den Verdächtigen nu[illegible] für jetzt, rebus sic stantibus, von der Unter[illegible] befreit, auf die Aussicht, in der Folge noch neue [illegible] zu erhalten, die mit den früheren in Verbindung [illegible]urtheilung hinreichen würden.

[illegible]ttermaier a. a. O. §. 65, S. 468 ff.

*) Doch ist hier zu bemerken, daß der Verdächtige, wenn n[illegible] der Karolina die Folter angewendet wurde, aber den Erfolg ei[illegible] Geständnisses nicht hatte, der die Folteranwendung begründ[illegible] den dringenden Vermuthungen ohnerachtet freigesprochen wurde. S. Martins Criminalprozeß §. 115. D. R

Auch daraus geht mithin hervor, daß die neuen Inzichten nicht bloß zur Untersuchung hinreichen sollen. Wäre es dem Gesetzgeber nicht darum zu thun gewesen, die durch das Verbrechen verwirkte Strafe auf zureichende Inzichten eintreten zu lassen, so würde er in §. 18 ganz zuverläßig gesagt haben, daß die Klagfreierklärung den Beschuldigten in so lange von der Untersuchung befreit, bis er sich selbst vor Gericht stellt und die That eindekennt, oder bis zwei tüchtige Zeugen sich melden und aussagen, daß sie die That mit angesehen hätten, damit nicht unnöthige Untersuchungen geführt werden.

Man würde aber in allen Fällen, wo gegen den bereits klagfrei erklärten Verbrecher wegen Mangels der ediktmäßigen Voraussetzungen weder der Sicherheitsverhaft, noch das Erforschungsmittel der Wahrheit erkennt werden durfte, ohne allen vernünftigen Zweck die Gefängnisse füllen, die Inquisiten azen und die Gerichte quälen, wenn die auf zureichende Inzichten reassumirte Untersuchung kein anderes Resultat haben könnte, als den Beschuldigten abermals klagfrei zu erklären und springen zu lassen.

Uebrigens deutet der §. 18 auf eine Mehrzahl von Indicien hin und harmonirt vollkommen mit dem §. 14, wornach die zusammentreffenden Inzichten auf den Aussagen von wenigstens zwei oder drei Zeugen beruhen müssen. — Wie man dessenungeachtet vermeinen kann, es fehle an objectiven Beweisregeln, ist unerklärlich.

Schon die P. G. O. hat in den Art. 24 und 25 anerkannt, daß es nicht möglich ist, alle Anzeigen zu beschreiben oder aufzuzählen. Der Art. 27 überläßt es deshalb dem Richter, aus einzelnen Umständen eine Torturalanzeige zu formiren. Eben diesem Nothstand ist es auch zuzuschreiben, daß bei dem künstlichen Beweis überhaupt dem vernünftigen Ermessen des Richters ein großer Spielraum gelassen werden muß, weil es gleichfalls zu den Unmöglichkeiten gehört, eine für alle denkbare Fälle maßgebende Regel aufzustellen, während das Princip der Gerechtigkeit fordert, daß jedem das Seine werde, daß also den Schuldigen die verdiente Strafe treffe.

Wie sehr die Gesetzgebungen, welche den künstlichen Beweis an ängstliche Regeln gebunden haben, zu tadeln sind, entwickelt

Mittermaier a. a. O. §. 65, S. 450.

Dieser Tadel trifft indessen unser Strafedikt so wenig, als das hannöversche Gesetz vom 25. März 1822, welches in Bezug auf die Zahl der Indicien alles dem Ermessen des Richters überläßt, nur mit der Vorsch[illegible] daß nie eine einzige Anzeige zur Verurtheilung hinreichen[illegible]

Mittermaier a. a. O. 452.

Man findet in dieser Verordnung über die Abschaf[illegible] der Folter und Zuläßigkeit des Anzeigen[illegible], obg[illegible] sie zu einer Zeit erschienen ist, wo die Criminalgesetzbücher von Baiern und Oestreich mit ihren verschraubten Bestimmungen über den Anzeigenbeweis schon längst (1813 und 1815) emanirt waren, der Wesenheit nach nicht mehr objective Beweisregeln, als in unserm, neunzehn Jahre älteren Strafedikt, welchem man unbegreiflicher Weise das Verdienst nicht zugestehen will, dem künstlichen Beweise in Deutschland die Bahn gebrochen zu haben.

Aber auch davon abgesehen, sind ja die Anzeigen selbst objective Beweisgründe.

Sie bestehen in erwiesenen, daher für Jedermann erkennbaren Thatsachen und der, aus diesen nach Regeln der Logik abgeleitete, Schluß beruht auf dem für jeden Urtheilsfähigen erkennbaren Zusammenhange der Anzeige mit der zu erschließenden Thatsache.

Bauer a. a. O. S. 18.

Daß indessen der auf Indicien verurtheilende Criminalrichter sich im Stande befindet, von den Gründen seines Urtheils bestimmte Rechenschaft zu geben, ist ein Erfahrungssatz, der keines Beweises bedarf.

Ist aber die Vorfrage: ob der Angeklagte des Verbrechens schuldig sei? im gegebenen Fall entschieden, so fragt man bei Ausmessung der Strafe nicht mehr darnach, wie das Facit des genügenden Beweises der Schuld gefunden wurde, weil jeden Schuldigen, ohne Rücksicht auf die moderne Philantropie, die für Recht ermessene Strafe treffen muß. Es wäre daher ganz überflüßig, wenn der Gesetzgeber noch besonders ausgesprochen hätte, daß der durch Indicien überführte Verbrecher ebenfalls in die für Recht ermessene Strafe verurtheilt werden soll, indem sich dieß beim Mangel entgegenstehender Vorschriften in der That von selbst versteht.

Daß hievon die Todesstrafe nicht ausgenommen wurde, ist nichts als Consequenz, von welcher manche Gesetzgebungen durch Substituirung einer zeitlichen Freiheitsstrafe ohne Grund abgewichen sind, weil bei Capitalverbrechen nach der P. G. O. die Todesstrafe auch dann erkannt werden mußte, wenn das Geständniß nicht freiwillig abgelegt, sondern durch die Folter erpreßt war. Will man aber hinsichtlich der Todesstrafe eine Ausnahme eintreten lassen, weil es möglich oder wahrscheinlich ist, daß sich in der Folge noch die Unschuld des Verurtheilten herausstellt, so kom[illegible]agegen in Betracht, daß auch der natürliche Be[illegible] solche Möglichkeit nicht ausschließt und daß die [illegible]heinlichkeit der Unschuld eine Verurtheilung schon [illegible]cht zuläßt. Die etwa später sich ergebenden Be[illegible]er Unschuld sind auch jedenfalls wieder von der [illegible] daß die Möglichkeit des Gegentheils daneben denkbar [illegible]ot. Um ganz sicher zu gehen, müßte man daher nicht

bloß die Todesstrafe, sondern alle Strafen ohne Unterschied abschaffen, weil eine vollzogene Freiheitsstrafe, Brandmarkung, körperliche Züchtigung rc. rc. eben so wenig ungeschehn gemacht, als ein abgeschlagener Kopf wieder nachgezogen werden kann. So lange sich indessen die Gesetzgebungen nicht zu diesem Extrem hinneigen und so lange nicht alle Verbrecher ihre Unthaten eingestehen oder dieselben vor Notar und Zeugen zu verüben pflegen, müssen selbst Kapitalstrafen auf künstlichen Beweis erkannt werden. — Nun hat aber schon

Siegen jurist. Abhdl. Gött. 1834. S. 107

die Behauptung aufgestellt, daß die Angeschuldigten, falls eine Verurtheilung auf Anzeigenbeweis zuläßig wäre, nach Aufhebung der Folter übler daran seien, als vorher, denn ehedem seien sie wegen Verdachts doch nur gefoltert, jetzt sollten sie aber wegen desselben Verdachts schuldig erkannt und bestraft werden.

Auf ähnliche Weise hat mein Widersacher in Nr. 12, S. 77 sich ausgesprochen.

Unverkennbar beruht jedoch dieser völlig grundlose Einwurf, welchen ich bereits in meiner angefochtenen Abhandlung S. 183 abgefertigt habe, auf einer Verwechslung des vollständigen Anzeigenbeweises mit bloßem Verdachte, so wie auf der offenbar ganz falschen Voraussetzung, als ob der nämliche Verdacht, welcher nach der P. G. O. zur Folter hinreichte, nun auch als zur Verurtheilung genügend betrachtet würde.

Man meint aber, daß es doch als auffallend angesehen werden müßte, wenn das Strafedikt die Zuläßigkeit des Indicienbeweises hätte einführen wollen, ohne diesen so wichtigen Satz ausdrücklich vorzuschreiben und ohne ihn mit nähern Vorschriften zu begleiten — und hält mir vor, daß ich darüber kein Wort verloren und damit abermals eingestanden hätte, daß ich nichts dagegen zu sagen wisse.

Allerdings habe ich den aus dem Archiv für die Rechtspflege rc. entlehnten Einwurf Nr. 16 keiner Antwort gewürdigt, weil er schon im vorigen Jahrgang S. 184 und 185 gebührend widerlegt, also nicht stillschweigend zugestanden worden ist. Mir kam es zu, von meinem Gegner eine Widerlegung abzuwarten, um ihm darauf zu erwiedern, daß alle Sätze in einem Gesetzbuch gleich wichtig sind, wenn auch irgend Jemand aus Curiosität den einen für wichtiger halten mag, als den andern.

Im Uebrigen habe ich bereits gezeigt, daß si[illegible] dicienbeweis durch die Abschaffung der Folter v[illegible] eingeführt, daß ihn unser Strafedikt insbesond[illegible] Erkennung peinlicher Strafen für zureichend erk[illegible] zu diesem Behufe hinlängliche Regeln aufgestellt hat, [illegible] nur denjenigen ungenügend scheinen, die, weil sie ein[illegible] ihre Ansicht festgestellt haben, mit dem Gesetzgeber selbst nicht einverstanden sind.

Gleich unerheblich ist der Einwand, daß die Schuldhaftigkeit des Verbrechers, wovon im §. 14 des Edikts die Rede ist, sich lediglich auf das Erforschungsmittel der Wahrheit und auf die außerordentliche Strafe beziehe, wodurch zugleich die ordentliche ausgeschlossen werde.

Mein verehrter Gegner gibt in Nr. 12, S. 78 selbst zu, daß jetzt, nach Abschaffung des Erforschungsmittels, bei leichten Vergehen auf einen schlüßigen Indicienbeweis die volle Strafe erkannt werden könne; wenn ich ihm nun nachweise, daß unser Edikt von einer außerordentlichen Strafe bei schweren Verbrechen nichts weiß, so wird er wohl so consequent seyn, noch weiter zuzugeben, daß bei dergleichen Verbrechen, nach Abschaffung der Folter, gleichfalls die volle Strafe anwendbar ist.

Der §. 10 kennt nur den Sicherheitsverhaft, welcher keine Strafe, sondern nach Maßgabe der auf der Präventionstheorie beruhenden Art. 178 und 195 C. C. C. eine polizeiliche Maßregel ist, die den Zweck hat, den eines schweren Verbrechens verdächtigen Inquisiten wegen erwiesener Gefährlichkeit für die bürgerliche Gesellschaft auf eine gewisse Zeitdauer unschädlich zu machen.

v. Hohnhorst, Jahrb., Bd. V., S. 274 und
„ Bd. VII., S. 216.

Mittermaier a. a. O., S. 500.

Daher kommt es denn auch, daß denjenigen Individuen, welche nicht sonst schon anrüchtig sind, das allgemeine Arbeitshaus zu Pforzheim, als eine polizeiliche Anstalt, zur Erstehung der Detention angewiesen ist.

Rgsbl. v. 1826, Nr. XVII., S. 121.

Zur Verhängung des Sicherheitsverhafts genügt aber eine Torturalanzeige für sich allein noch nicht, obgleich solcher, wie noch besonders aus §. 14 der Erläuterungen zum Strafedikt erhellt, da erkannt werden kann, wo nach Art. 22 C. C. C. die Folter zu appliciren war. Der §. 10 fordert noch außerdem a) einen vorbedachten und überlegten Angriff auf Menschenleben oder Menschenfreiheit rc. und b) eine Gefahr, welche für die allgemeine Sicherheit oder für die gesellschaftliche Sittlichkeit aus der Entlassung des Thäters zu befürchten ist. Es scheint mir sohin (wenn ich mich dieses Ausdrucks bedienen darf) — so ziemlich ausgemacht, daß nach unserem Particularrecht überall keine außerordentliche Strafe und beim [illegible]ngel der vorhin unter a und b erwähnten Requisite [illegible] kein Sicherheitsverhaft Statt findet.

[illegible]oppelt unrichtig ist es demnach, wenn behauptet wurde, [illegible] unser Strafedikt nach dem Beispiel der preußischen [illegible]inalordnung von 1806 für den Fall eines Inzichten-

bewiseß der ordentlichen Strafe eine außerordentliche substituirt habe, wiewohl diese auf einem Anachronism und Mißverständniß zugleich beruhende Behauptung sich auch finden läßt bei

Mittermaier Strafverf., Bd. II., S. 281.

Alle Argumente, welche aus dem §. 10 des Edikts gegen die Zuläßigkeit des Indicienbeweises geschöpft werden wollen, sind daher ganz grund- und bodenlos. Es ist schon absurd, den im §. 14 gebrauchten Ausdruck „Schuldhaftigkeit“ auf Fälle beziehen zu wollen, in welchen das „Schuldig“ nicht ausgesprochen, vielmehr der Beschuldigte für klagfrei und folglich für nicht überwiesen, für nicht schuldig erklärt wird.

Wenn aber der Sicherheitsverhaft, welchen mein Freund für eine außerordentliche Strafe hält, beim Indicienbeweis ein Ersatz für die ordentliche Strafe seyn sollte, so hätte solcher für alle Fälle, wo das Erforschungsmittel der Wahrheit nicht zur Anwendung kam, eingeführt werden müssen, um als Surrogat der Tortur mit dieser gleichen Schritt zu halten und keiner Commitenz Raum zu geben, weil gerade diejenigen Fälle, welche sich weder unter den §. 10, noch unter den §. 11 subsumiren lassen, vielleicht am häufigsten vorkommen.

Ich will mir erlauben, das Unrichtige der gegnerischen Ansicht durch ein Beispiel anschaulich zu machen. Ohne alle Gewaltsanwendung wurde die Summe von 6000 fl. gestohlen. Ein klassischer Augenzeuge bezeichnet einen Menschen, dem man die That wohl zutrauen kann, als den Dieb, welcher jedoch alles rundaus wegläugnet. Nach dem mit Art. 22 C. C. C. correspondirenden §. 10 des Edikts wäre nun zwar Verdacht genug vorhanden, um die Tortur und an deren Statt den Sicherheitsverhaft gegen ihn zu erkennen. Der Beschuldigte ist aber weder Landstreicher, noch Jauner, noch sonst gefährlich; auch ist bei Verübung des Diebstahls kein vorbedachter und überlegter Angriff auf Menschenleben oder Menschenfreiheit, kein vorbedachter gewaltsamer Angriff auf Staatssicherheit oder auf Sicherheit der Privatexistenz geschehen und also die Detention nicht anwendbar.

Von Anwendung des Erforschungsmittels der Wahrheit kann ebenfalls keine Rede seyn, weil im Falle der Verurtheilung eine langwierige Zuchthausstrafe ausgesprochen werden müßte. Bewandten Umständen nach blieb daher nichts anderes übrig, als den Inculpaten schlechtweg klagfrei zu erklären.

Hierauf stiehlt er unter den nämlichen Umständen nur 25 fl. und läugnet wieder. Im Unterweisungsfall würde er nach §. 75 des Edikts mit vierwöchentlichem [illegible] oder öffentlicher Arbeit nebst einfacher körperli[illegible]tigung, also nicht mit Zuchthaus, zu bestrafen sey[illegible] liegt außer seinem schlechten Leumuth bloß die Aussage eines klassischen Zeugen gegen ihn vor. Diese begründet jedoch hinlänglichen Verdacht, welcher einer redlichen Anzeige gleich gilt, was sich aus der Betrachtung ergibt, daß nach §. 11 ein Erforschungsmittel nur unter denjenigen Voraussetzungen zuläßig ist, welche nach der P. G. O. zur Anwendung der Folter berechtigten. Es müßte daher, weil alle Requisite des §. 11 vorhanden sind, etwa die Hälfte der vorgedachten Strafe dictirt und vollzogen, sofort der Beschuldigte, wenn er bei seinem Läugnen beharrt, des Diebstahls klagfrei erkannt werden.

Das Gesetz erklärt diese Einschreitung für unumgänglich nothwendig, damit nicht ein hartnäckiger Läugner den Staat muthwillig zu einer für die mögliche Strafe unverhältnißmäßigen Weitläufigkeit der Untersuchung zwingen könne.

Wenn sonach das Gesetz die Anticipation der halben Strafe auf halben Beweis für einen Nothstand erachtet, so ist es gewiß auch sein ernstlicher Wille, daß auf einen vollen Beweis die ganze Strafe folgen soll.

Zu welcher Ungereimtheit müßte man seine Zuflucht nehmen, wenn man unterstellen wollte, daß der nämliche Gesetzgeber, welcher bei einem Diebstahl von 25 fl. auf die Aussage eines einzigen Zeugen hin die Hälfte der im Ueberweisungsfall verwirkten Strafe vollziehen läßt, hinsichtlich eines Diebstahls von 6000 fl. die Erkennung der ordentlichen ganzen Strafe, selbst bei einem vollständigen Inzichtenbeweis, verboten hätte, ohne für den Fall eines unzureichenden, aber zur Tortur genügenden Beweises, irgend eine Verfügung zu treffen, obschon der Nothstand bei einem so enormen Diebstahl ungleich größer ist, als bei einem ganz geringen!

Es würde ihm nicht mit Unrecht der Vorwurf gemacht werden, daß er dem bekannten Adagium: „die kleinen Diebe hängt man, die großen läßt man laufen“ — das Indigenat ertheilt habe.

Wenn übrigens mein Freund und Gegner behauptet, es bestehe niegends eine Gesetzgebung, welche den Indicienbeweis überall und ohne Beschränkung zulasse und daneben noch eine außerordentliche Strafe statuire, so nehme ich mir die Freiheit, ihn darauf hinzuweisen, daß der Entwurf zu einem Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1813 auf zusammentreffende Inzichten die Verurtheilung zur ordentlichen Strafe und daneben die Erkennung einer außerordentlichen Strafe namentlich in Fällen [illegible]ßt, wo die zum Beweise der That gehörenden Umstände nicht in hinreichende Gewißheit gesetzt sind.

Pfeiffer a. a. O., S. 440.

Das baierische Strafgesetzbuch von 1813 statuirt ebenfalls eine Verurtheilung zu peinlicher Strafe auf Anzeigenbeweis und verordnet, neben der Entbindung von

der Instanz, wegen bloßen Verdachts die Verbringung des Angeschuldigten in einen polizeilichen Sicherungsarrest, wenn er nicht Caution stellen kann *).

Pfeiffer a. a. O., S. 439.

Mittermaier L. v. Beweis, S. 473.

Und hiermit stimmt wörtlich das Strafgesetzbuch für die herzoglich Holstein-Oldenburgischen Lande von 1814 in den Art. 811 — 814 überein.

Pfeiffer am a. a. Orte, S. 439 und 440.

Ob nun obige Behauptung meines Collegen mehr umgestoßen, als unumstößlich ist, das will ich Andern zu beurtheilen überlassen.

Nur aus einer Vergeßlichkeit läßt es sich aber erklären, wie er noch immer auf der Meinung beharren kann, als hätte ich auf eine provisorische Einführung des Indicienbeweises abgehoben, während ich doch den in Nr. 20 so schonungslos gemißbilligten Wunsch absichtlich an die Unterstellung knüpfte, daß der Entwurf zum neuen Strafprozeß eine geläuterte Beweistheorie enthalte. In wie fern dieselbe auf die Oeffentlichkeit des Verfahrens basirt und ob namentlich der künstliche Beweis bedingt oder unbedingt zugelassen ist, blieb mir bis jetzt unbekannt, weil ich eine deßfallsige Aufklärung in Nr. 12 und 20 nirgends gefunden und den Entwurf selbst noch nicht zu Gesicht bekommen habe.

Noch muß ich aber bemerken, daß alle bisher angeführten Gesetzgebungen des Auslandes, conform mit der Unsrigen von 1803, die inzwischen ziemlich herrschend gewordene Ansicht, als könne der künstliche Beweis nur im Verein mit dem mündlichen und öffentlichen Verfahren zugelassen werden, nicht getheilt haben, indem sie den Inzichtenbeweis beim geheimen schriftlichen Verfahren zuließen.

Man darf auch die heutigen Anforderungen an den Gesetzgeber nicht auf das Jahr 1803 zurückwirken lassen, wo man der allerdings nicht so ganz verwerflichen Ansicht huldigte, daß dem vernünftigen Ermessen wohlbesetzter Richterkollegien mehr als dem bloßen Fürwahrhalten rechtsunkundiger Schöppen zuzutrauen und daß den etwa besorglichen Justizmorden durch Vertheidigung, Recurs, Cassation und Gnade leicht zu begegnen sei.

Selbst jetzt noch sind die Ansichten über die Formen des Strafverfahrens sehr getheilt; selbst jetzt noch erheben sich sehr gewichtige Stimmen gegen die Oeffentlichkeit desselben.

Ich behaupte daher wiederholt, daß es mehr als gewagt ist, aus dem Mangel der Oeffentlichkeit des Strafverfahrens auf die Unzuläßigkeit des Indicienbeweises schließen zu wollen.

Bayer.

*) Wenn, wie in Baiern, der Indicienbeweis in künstliche Schranken eingezwängt ist, so kann sich eben so gut, wie da, wo nur der direkte Beweis zur Ueberführung hinreicht, der Fall ergeben, daß der Richter nach den zusammentreffenden Umständen die vollkommene Ueberzeugung von der Schuld des Bezüchtigten hat, und daß demohngeachtet die vom Gesetze künstlich gebildeten Erfordernisse der Indicien nicht vorhanden sind, also jener Ueberzeugung ohnerachtet keine Verurtheilung erfolgen kann. In diesen Fällen ist somit der Nothstand, auf welchem die Zulassung von außerordentlichen S[illegible]fen, Detentionen und andern Uebeln (ohne vollen Beweis) beruht, in gleicher Weise vorhanden. Ein solcher Nothstand kann aber da nicht eintreten, wo das Gesetz, ohne die Eigenschaften der Indicien zu beschreiben, lediglich dem richterlichen Ermessen überläßt, ob und welche Beweiskraft den zusammentreffenden Umständen im einzelnen Falle zukomme. D. R.

II.

Die Knechtschaft.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

(Fortsetzung.)

Daß man von manchen religiösen Standpunkten aus die Versenkung des Geistes in einer andern Religionsform für geistige Knechtschaft hält, das gehört zur streitenden Kirche und kann von philosophischem Standpunkte aus wohl begriffen und seiner Entstehungsweise nach analysirt, aber nur als eine sehr relative Vernünftigkeit angesehen werden, denn in aller Religion verlangt der Mensch mehr oder weniger ein Festes und einen Halt, und in welchem Verhältnisse die völlig freie Geistigkeit auch zur höchsten Religionsform stehe, das gehört zur spekulativen Theologie. Für den Juristen ist es zunächst hinreichend, zu wissen, daß alle Menschen Religion haben müssen, und wir Christenmenschen die Christliche, daß das Rechtthun hauptsächlich auf der Religion beruhe, daß man mit Zuschiebung des Eides spärlich, aber mit klaren Begriffen und guten Werken desto ämsiger seyn solle, daß man auch sogar in die Kirche gehen könne, und was sonst des Praktischen mehr ist.

Wenn überhaupt das Geistige es ist was herrschend seyn soll in der Welt, und wenn alle Bildung von einem Widerspruch anfängt, den sie aufzulösen hat, und wenn die ungebildesten Völker auch in der dumpfsten Barbarei den Keim und das Prinzip des Geistes in sich tragen, daß sie aus der Qual roher Stumpfheit sich zu der Freiheit und Geistigkeit durchkämpfen sollen, wo die Vernunft über die rohe Natur ihre Herrschaft ausüben kann; wenn wir alles dies überlegen, so wird die Herrschaft des Geistes wohl den Gehorsam, aber nicht den Begriff der Knechtschaft in sich schließen können. Stellen wir uns den Geist an und für sich vor (wir sind Christen und nennen ihn Gott und denken dabei an die [illegible] so glauben wir auch nicht, daß er den subjektiven [illegible] meine uns Menschen) nur als einen äußerlich [illegible]enden und knechtischen sich gegenüber haben wolle

(denn dieser ist ja auch selbst Geist nach seinem Ebenbilde), sondern wir denken uns, die Herrschaft müsse die Stellung haben, daß der Geist im Geiste sich mit sich selbst versöhnt finde. Ob es also gleich Princip seyn muß, daß Geist und Vernunft herrsche, so ist doch ja der Zweck jeder herrschenden Entwickelung, die Harmonie, nicht zu übersehen, und daß der Gehorchende nicht genöthigt sei, sich nur als Sklave zu fühlen. Es ist also auch für die weltliche Herrschaft, für jedes Gesetz und alle Institutionen von der höchsten Wichtigkeit, im Gemüthe, im Herzen und überhaupt im subjektiven Bewußtseyn die Versöhnung herbeizuführen, daß die Bürger einsehen, wie es nur die Vernunft ist, welche sich im Staate geltend macht. Weil demnach die Freiheit des Geistes das große Prinzip ist, das (da einmal alle Knechtschaft auch aus dem absoluten Verhältniß unseres Geistes zu Gott in der Religion verschwunden und es Princip des Christenthums ist, daß wir in Liebe und Zutrauen leben sollen) alles Entfremdetseyn seiner selbst zu überwinden antreibt, so liegt es jetzt in dem Bedürfnisse der Menschen, daß sie auch in den einfachsten Formen des Bewußtseyns alles Fremdartige und in sich Gebrochene sogleich zu überwinden getrieben sind. In allem, auch sogar in den Rechtsformen, zu klarer Einfachheit zu streben, und wo die freie Selbständigkeit als Zweck immer ersichtlich seyn soll, das gehört alles zur Form der Befreiung. Seitdem die Subjektivität sogar Princip der Religion geworden war, hatte die absolute Anerkennung der Geistigkeit und Freiheit des Menschengeschlechts ihre Hauptschranke durchbrochen. Ein denkendes Subjekt voll Unfreiheit und nur unter fremdartige Bedingungen gebunden, könnte nicht einmal seinen Gott im Geiste verehren, denn Geist ist ja nichts anderes, als freie Geistigkeit. Wenn der Mensch die Gewißheit und Ueberzeugung hat, daß die Versöhnung und Befreiung seines Geistes in der Religion schon wirklich vollbracht ist, so wird er auch in jeder Gestalt der äußeren Wirklichkeit dieses Ziel aller Bestrebungen als näher liegend und mit mehr Ruhe erwarten.

In ähnlichem Sinne meint Spinoza mit der menschlichen Knechtschaft hauptsächlich die Gewalt der Affekte und Leidenschaften, und setzt die menschliche Freiheit in die Macht des Verstandes und in das Denken. Der Einfluß verworrener und beschränkter Ideen, wie sie in den Affekten thätig sind, und das menschliche Handeln unter dieser Knechtschaft trüber Ideen, das sei der Quell aller Unfreiheit. Die verworrenen Ideen zur Klarheit zu bringen wäre dann der wichtigste Schritt zur Freiheit des Geistes. Wenn abscheuliche Leidenschaften und ihr Ge[illegible] schlechte Sitten, wenn alle Liederlichkeit und Last[illegible] Verhältniß der Knechtschaft unausweichlich begründe[illegible] wären wir zu der alten Behauptung gewiesen, die Fr[illegible] zunächst in der Tugend zu suchen, was auch scho[illegible] vielen geistreichen und guten Menschen im Detail nachgewiesen worden ist, und es verdient hat. Wenn der Geist, an irgend eine Aeußerlichkeit gebunden, sogar völlig außer Stand kommen kann für sich thätig zu seyn und ihm seine verständige Stellung völlig verrückt werden kann, so wäre vielleicht das Wichtigste bei der Freiheit, sich nicht von äußerlichen Zufälligkeiten bestimmen zu lassen, und der Standpunkt des freien Denkens wäre vielleicht ein Ziel, zu dem man sich nicht so ohne alle Umstände nach Belieben zu erheben schon in lahmen Gewohnheiten die Kraft vorfände.

Das Verhältniß der Herrschaft und Knechtschaft ist vielleicht ein bleibender Widerspruch im Bewußtseyn des Menschen, der immer nur durch gute Menschen und ihr Thun zum Guten aufgelöst wird, denn es tritt in den meisten menschlichen Verhältnissen unter allen Formen der Willkühr und des Wollens auf und ist am Ende so wenig, als z. B. der Verdauungsprozeß, ganz und absolut zu beseitigen, sondern immer nur aus seinem Wiederstreit zum vernünftigen Ende zu führen. Daß die Menschen beständig, während sie in ihrem Streben nach einzelner Freiheit in den Kampf des Anerkennens gerathen, je nach dem Standpunkte ihrer Bildung und Gesinnung nach Willkühr und Unrecht und Unterdrückung des Andern streben, das ist natürlich; daß aber die Religion und Erziehung diesen starren Naturwillen mildere und die Selbstsucht zur Nächstenliebe hinlenke, das ist christlich, und daß endlich das Recht, wo der Kampf des Entgegentretens zu einem Endpunkte gelangt, auf der Seite der wahren Freiheit sei, das ist vernünftig. So wie also die Sklaverei bei Völkern in die Uebergangsperiode von ganz rohem Naturzustande zu wahrhaft sittlichem Zustande fällt, so hat auch der Einzelne als noch halber Naturmensch und nur halber Christenmensch bei dem Gerichte die Erkenntniß zu holen, daß wir nicht mehr in Staaten leben, wo Unrecht noch Recht ist. Wer heutiges Tages bei uns Sklave ist, ist es aus eigenem Willen, und auch unterjochte Völker haben, wenn ihr Wille nicht gebeugt ist, den Keim zur Freiheit noch gerade so frisch in sich liegen, als sie es verdienen.

Der Herr ist also eine Form des Selbstbewußtseyns; es ist ein Bewußtseyn, mit einem Geiste erfüllt, mit dem der Herrschaft, und sein Herr Seyn liegt im Denken an den Knecht. Er schaut seinen Geist auch als ein äußerliches und sinnlich vorhandenes Seyn an, denn in dem Knechte, der ebenfalls ein mit einem Geiste erfülltes Seyn ist, liegt ja gerade die Seele, die den Herrn denkt. Wenn der Knecht gar nicht denken könnte und gar kein Bewußtseyn hätte, könnte der Herr nicht Freud und nicht Leid an ihm haben, aber das Denken und das Anerkennen der Herrschaft und daß der Knecht ein Geist und Ich ist, das al[illegible]begründet das ganze Verhältniß und enthält auch den Kei[illegible] seiner Zerstörung. Wer herrschen will, sucht sich nicht Klötze und Maschinen, sondern freie Menschen will [illegible] unterjochen, damit aus den gebeugten Seelen ihm sein [illegible]kanntes Ich entgegentreten möge. Das zeigt alle Ge[illegible]te und nur an dieses Verhältniß denkt man bei der [illegible]rschaft; daß das Sklaveseyn ein sklavisches Denken [illegible], darin liegt alles koncentrirt, was ja über die Sklaverei wesentlich es gesagt werden kann; und wenn das Seyn

des Geistes nicht das Denken in sich schlöße, so wären alle seine Zustände nicht der Rede werth. Führen ja schon die äußeren Naturobjekte auf einen höchsten Verstand, und zeigt schon ihr Seyn ein voraussichtliches Denken in Ordnung und Zweck. Die Verbindung von Seyn und Denken ist etwas, was allenthalben vorkommt.

3. Seyn und Denken.

Von allem Gedankenhaben und Denkenkönnen geht das Seyn „im“ Denken vorher, denn wer nicht dabei wäre, wenn er denkt, und doch dächte, ich meine: Gedanken hätte, der würde in der That das Unmögliche leisten und hätte das Problem einer Denkmaschine wirklich gelöst. Mein ganzes geistiges Seyn ist Denken, wenn ich denke, und nur in diesem Zustande habe ich ein Interesse an Logik und an Rechtsphilosophie. In dem Denken, und wenn mir die Gedanken so recht in Fülle durch den Kopf wollen, fühle ich mich frei, und wenn mein Kopf leer ist von Denkbeziehungen und Gedankenverhältnissen, dann fühle ich mich mehr oder weniger an irgend einen andern Zustand gebunden und unfrei. Wenn also vielleicht das Gedankenhaben zur Freiheit gehörte, dann wäre am Ende die Philosophie eine freie Wissenschaft, und das Jus ohne sie etwas Aengstliches und was keinen Halt hätte.

Wenn es noch zweifelhaft scheinen könnte, ob denn wirklich nur die denkende Intelligenz wahrhaft freier Wille sei, so darf man nur an das Gegentheil des freien Selbstbewußtseyns, an das sklavische Bewußtseyn, sich erinnern, und daß die unendliche Niederträchtigkeit seines Wesens gerade darin liegt, daß es von dem Wesen des Geistes, als freier Unendlichkeit, darum nichts weiß, weil es nicht über sich denkt. Sobald der Sklave anfängt, durch Nachdenken den ungeheuern Widerspruch zwischen seinem Seyn und seinem Denken auch nur zu ahnen, fühlt sich seine Brust aus der gedankenlosen Mattigkeit sogleich zur ersten Stufe der Menschenwürde erhoben. Wer also Sklaverei wollen könnte, müßte sich freilich die Gedankenlosigkeit zum Princip machen, und da man von Recht und Sittlichkeit gar nichts sprechen kann, ohne wenigstens Etwas zu denken (denn nur ausnahmsweise gibt es Sprachmaschinen), so ist es z. B. im himmlischen Reiche consequenter Takt, auch das Reden zu reguliren. Wenn man gar bedenkt, daß der Mensch, je nachdem ihm die Gegenstände dazu veranlassen, es bis zu solcher Reinigung und Erhebung des Selbstbewußtseyns treiben kann, daß ihm die Freiheit selbst, wenn auch nur halb verstanden, Zweck wird, und wenn wir uns erinnern, mit welcher Energie solche ideelle Standpunkte des Willens ihr Denken durchsetzen, so wird man keinen Anstand nehmen, das, was von Lange her geglaubt worden ist, anzuerkennen, daß das Denken ein Seyn ist, auf dem am Ende der ganze Werth der Menschheit beruht.

Daß also in der Philosophie vom Denken die Rede ist, hat man immer ganz natürlich gefunden, aber man hat sich gewundert, daß in der neuesten, und zwar gleich von vorherein, so gar viel von Seyn geredet wird, und es bis jetzt noch für viele Leser zweifelhaft, ob die Unbede[illegible]heit oder die Wichtigkeit dieses Begriffes größer sei. Wenn nun bestimmt ausgesprochen ist, daß es der dem Inhalte nach unbedeutendste, aber der Form nach umfassendste Begriff sei (denn auf diese Weise haben alle Philosophen das Seyn aufgefaßt, von den ältesten Griechen an bis zu den jüngsten guten), so wird ein kurzer, auch nur desultorischer Ueberblick des Umfanges, und folglich Reichthums, dieses einfachen Begriffes zeigen, daß, vollends, wenn auch nur etliche wenige Beispiele aus dem Juristendenkkreise näher angedeutet würden, auch für den denkenden Juristen ein solcher Denknervus und das Darandenken, wenn auch nicht zu dem unmittelbar Praktischen, doch gewiß nicht zu dem ganz Unpraktischen zu rechnen sei. Denn ist auch das Praktische die Hauptkategorie des praktischen Menschen, so dürfte sie doch bei einer näheren gelegentlichen Betrachtung sich dem Theoretischen nicht so gar ferne liegend zeigen, als gewohnte Redensarten vermuthen lassen.

Selbst das praktische Seyn des Juristen ist gar vielfältig, und wenn er in allem seinem Seyn vernünftig ist und stets die einzig wahre Rechtsidee unverrückt im Auge hat, so wird er auch in dem wesenlosen Seyn mancher Gesetze, und in dem vorübergehenden sinnlichen Seyn ohnehin immer das reine Seyn seines freien Geistes ruhig und so klar erhalten, als es die Würde seines Standes fordert. Gerne pflegt der denkende Jurist, wo er nur immer Gelegenheit findet, den Gedankenkreis des Rechts zu verlassen, um aus der Anschauung des Reichthums der übrigen Welt die richtige Begränzung und die Beurtheilung der Stellung seiner Wissenschaft mitzubringen. Besonders bei Begriffen und ihren Beziehungen (denn mit Begriffen bewältigt er ja alle Rechtsverhältnisse und das Begreifen und Begriffenhaben ist seine Hauptthätigkeit) verschmäht es der Jurist nicht, seinen Blick so weit schweifen zu lassen, als er die Welt und ihre Verhältnisse kennt, so daß auf den kleinen Punkt von Recht oder Unrecht, den er im Auge hat, ein aus einem weit größeren Umfange condensirtes, und mithin schärferes Licht fällt, als das Landrecht allein gibt. Da er seine nöthigen Gesetze inne hat, so bleibt ihm Zeit und Lust, bei Begriffen zu verweilen und keinen Begriff verschmäht er. Die Bemerkung gemacht zu haben, daß auch sogar das Seyn schon etwas sei, wobei sich etwas denken lasse, das erfreut ihn, und er denkt nun (seine Lectüre und Lebenserfahrung geben ihm die data), daß wenn er aus den, von ihm und andern erlebten Fällen, den einfachen Gedanken ausziehe, daß diese abstrakte Erinnerung in der That ein höchst vielfältiges Seyn enthalte. Seyn ist zwar nur eine arme Denkbestimmung, ja es ist die allerärmste, und der aller Inhalt fehlt. Aber gerade dieser Leerheit und Feinheit wegen ist es fähig, fast alle andern Gedanken zu durchdringen, in die verschiedensten Verbindungen zu treten, und die unerwartetsten Veränderungen in Gedankenverhältnissen hervorzubringen. Um das Auge für das Bemerken dieses Denkwesens zu schärfen, wollen wir nur einige seiner Hauptformen (man nennt sie gewöhnlich Bedeutungen) nur in zufälligem Ueber[illegible] an der Seele vorbeigleiten lassen.

(Fortsetzung dieser rechtsphilosophischen Aufsätze folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 31. Karlsruhe den 4. August 1838.

I.

Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Zollbehörden über die Entscheidung der bestrittenen Zollzahlung.

Handelsmann W. in K. wurde über mehrere aus der Schweiz erhaltene Seidenwaaren in einen Rechtsstreit mit dem Absender verwickelt, von welchem die Zollbehörde Kenntniß erhielt und den Handelsmann W. der Zolldefraudation beschuldigte, weil sie die betreffenden Seidenwaaren nirgends als verzollt eingetragen fand. Handelsmann Wormser, der die Waaren schon vor bald einem halben Jahr empfangen hatte, gab deren Empfang aus der Schweiz, so wie seine Zollpflichtigkeit dafür unbedenklich zu, behauptete aber die Entrichtung des Zolls, und nach gepflogener Untersuchung ward der Angeschuldigte freigesprochen, indem von Seiten der Zollbehörden lediglich kein Umstand der geschehenen Defraudation nachgewiesen werden konnte.

Die beim ersten Beginn der Sache von der Zollbehörde mit Beschlag belegten Seidenwaaren wurden jedoch dem Angeschuldigten nicht zurückgegeben, sondern ihm erklärt, daß solche bis zur Nachzahlung des einfachen Zolls im Beschlag verblieben.

Handelsmann W. wendete sich dagegen an das hiesige Hofgericht. Solches entwickelte der Zollbehörde, daß der Angeschuldigte in der gegen ihn erhobenen Desumtiation auch von der Nachzahlung des einfachen Zolls entbunden worden sei, und daß also das jetzt an ihn gestellte Verlangen der Nachzahlung des einfachen Zolls dem rechtskräftigen Erkenntniß entgegentrete, so wie, daß der Beschlag der Seidenwaaren nach den Gesetzen ein richterlicher seie, welcher durch das freisprechende Erkenntniß aufgehoben worden seie. Die Zollbehörde nahm jedoch darauf keine Rücksicht, sondern beharrte auf ihren Schritten.

Dagegen ward nun vom Hofgericht ein Kompetenzkonflikt erhoben, worin noch weiter ausgeführt wurde, daß selbst in dem Fall, wo man die Frage der geschehenen Zahlung des Zolls nicht durch das rechtskräftige Erkenntniß als entschieden betrachten wollte, der Streit über die angeforderte als schon geschehen behauptete Zahlung nach der V. v. 9. September 1815, Nr. 16 doch vor die Gerichte gehören würde. Allein das Großherzogl. Staatsministerium entschied für die Zollbehörde, gegen die Gerichtszuständigkeit aus folgenden Gründen:

Die Ansicht des Hofgerichts des Mittelrheinkreises, daß es dem von ihm erlassenen freisprechenden Urtheile zuwiderlaufe, wenn Handelsmann W. von der Zollbehörde zur Entrichtung des einfachen Zolls für die in Frage stehenden Waaren angehalten würde, ist keineswegs richtig. Das Hofgericht hat den Angeschuldigten nicht deßhalb freigesprochen, weil es die von ihm behauptete Zahlung des schuldigen Zolls für erwiesen erachtet, sondern bloß deßwegen, weil der dem Beschuldiger obliegende Beweis der behaupteten Hinterziehung (Defraudation) des Gefälls nicht hergestellt worden ist. Das hofgerichtliche Erkenntniß läßt mithin die Frage: ob der Angeschuldigte den Zoll wirklich entrichtet habe oder nicht, unentschieden, und es kann also um so weniger behauptet werden, daß die Nachforderung des Zollgefälls dem berührten Erkenntnisse entgegen sei, als ohnehin außer Zweifel ist, daß ein im Weg des Strafverfahrens ergangenes lossprechendes Erkenntniß die Geltendmachung der Civilansprüche des Beleidigten in der der Natur der Sache entsprechenden Art und Weise nicht ausschließt. Daraus, daß W. die Defraudation, der er beschuldigt wurde, läugnete, beziehungsweise die Zahlung des schuldigen Zolls behauptete, folgt keineswegs, daß nunmehr die Zollbehörde den Anspruch der Zollkasse auf Nachzahlung des Zollbetrags vor den Gerichten verfolgen müsse. Der Großherzogl. Fiskus hat nach §. 14 der Verfassungsurkunde in §. 4 der P. O. nur in solchen Streitigkeiten, die aus privatrechtlichen Verhältnissen entspringen, vor den Landesgerichten Recht zu nehmen, keineswegs aber auch in solchen, welche ihrem Gegenstande nach dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehören, also namentlich auch nicht in Streitigkeiten über Steuerforderungen.

Die Zahlungsleistung kann aber an und für sich bloß

bereits bestehende Verbindlichkeiten und Rechtsverhältnisse tilgen, aber nicht den Charakter derselben ändern. Durch die Behauptung, daß eine Steuerschuldigkeit durch Zahlung getilgt werde, und selbst durch die außer Zweifel gesetzte wirkliche Zahlung derselben kann daher die staatsrechtliche Eigenschaft der dießfallsigen Verbindlichkeit nicht in eine privatrechtliche verwandelt werden. Die Einrede der Zahlung kann folglich nicht die Wirkung haben, die in Ansehung des Streitgegenstands unstreitig begründete Zuständigkeit der betreffenden Verwaltungsbehörden aufzuheben und solche auf die Gerichte zu übertragen.

Die Zollbehörde kann mithin, in so fern sie diese Einrede für grundlos hält, nicht durch dieselbe gehindert werden, im Wege des Executivverfahrens gegen den Schuldner einzuschreiten, und diesem bleibt, in so fern er sich durch dieses Verfahren für beeinträchtigt hält, nur die Ergreifung des Rekurses an die betreffende höhere Verwaltungsstelle übrig. Ein Einschreiten der Gerichte gegen das Verfahren der Steuerbehörde kann nicht Statt finden.

So ganz außer allem Zweifel möchte es doch nicht seyn, daß ein im Weg des Strafverfahrens ergangenes lossprechendes Erkenntniß die Geltendmachung der Civilansprüche des Beleidigten in der der Natur der Sache entsprechenden Art und Weise nicht ausschlußt, denn wenn im Strafverfahren, und zwar im Weg des sogenannten Adhäsionsprozesses, auch über die Privatansprüche des Beleidigten verhandelt und entschieden worden ist, so wird es umgekehrt keinem Zweifel unterliegen, daß das darüber ergangene von Strafe und Ersatz freisprechende Criminalerkenntniß auch rechtskräftig über die Privatansprüche des Beleidigten entschieden hat. Und wenn man sich dagegen auf die Vorschrift des §. 14 der Verfassungsurkunde und des §. 4 der P. O. beruft, wornach der Fiskus nur in solchen Streitigkeiten, die aus privatrechtlichen Verhältnissen entspringen, vor den Landesgerichten Recht zu nehmen hat, keineswegs aber auch in solchen, welche ihrem Gegenstande nach dem Gebiete des öffentlichen Rechts angehören, also namentlich auch nicht in Streitigkeiten über Steuerforderungen, so wird man nicht übersehen dürfen, daß diese Bestimmungen nur von dem Betreten des bürgerlichen Rechtswegs, nicht aber von dem der Strafgerechtigkeit sprechen. So wie also Gegenstände, welche in ihrer Entstehung dem öffentlichen Rechte angehören, nach den bestehenden Gesetzen das Betreten des Strafgerechtigkeitswegs veranlassen, und in so fern ein Gegenstand der Amtsthätigkeit des Strafrichters, und nicht des bürgerlichen Richters werden, so unterstehen sie den Grundsätzen des Strafverfahrens, und nicht des bürgerlichen Prozeßverfahrens. Nun sind aber nach unsern jetzigen Gesetzen die Zoll- und Steuerhinterziehungen in ihrer Untersuchung und Bestrafung vor den ordentlichen Strafrichter gewiesen, und was derselbe in diesem Strafverfahren vornimmt, und im Strafurtheil ausspricht, solches unternimmt er und spricht er zuständigermaßen aus, weil der Zoll und Steuerfiskus in Steuer- und Zollstrafsachen vor ihm Recht nehmen muß.

Es hat sich aber dabei der Strafrichter an die ihm deßhalb vorgeschriebenen Gesetze und Anordnungen zu halten, und untersucht man nun dieselbe und vergleicht man sie mit dem Zweck und dem ganzen Gang des Verfahrens in Steuerstrafsachen, so wird man auf manche Zweifel über die Richtigkeit der bei Entscheidung des obigen Competenzkonflikts aufgestellten Grundsätze stoßen.

Daß das bei Steuerstrafsachen eingeführte Denunciationsverfahren hauptsächlich nur in seiner Einleitung vom übrigen Strafverfahren abweicht, und daß es sonst ganz den Gang des gemeinen Untersuchungsprozesses geht, ist eine, zumal nach §. 8 des Strafedikts nicht zu bezweifelnde Sache, und wenn also die Zollbehörde eine Denuntiation über eine Zollhinterziehung vor dem zuständigen Strafrichter erhebt, so geht ihr Verlangen und Zweck dahin, daß diese Zollhinterziehung untersucht und bestraft werde. Dieses ihr Verlangen, so wie das Wesen einer Zollhinterziehung, beruht aber zuerst auf der Unterstellung der Zollpflichtigkeit des Angeschuldigten; denn das liegt wohl auf der flachen Hand, daß Jener, der nicht zollpflichtig ist, sich auch keiner Hintergehung des Zollgefälls schuldig machen kann, und so entsteht bei den Zoll- und Steuerstrafsachen alsbald die Frage, wer denn dieses das verdammende, wie freisprechende Urtheil hauptsächlich bedingende Zoll- und Steuerpflichtigkeit zu entscheiden hat. Es wird sich aber nicht bezweifeln lassen, daß dieses dem Strafrichter zusteht, denn da der Begriff der Zolldefraudation auf der Umgehung des schuldigen Zolls beruht, so gehört die Zollschuldigkeit zum Thatbestand des Vergehens, und daß der Strafrichter den Thatbestand des ihm zur Untersuchung gekommenen Verbrechens zu bestimmen und darüber zu erkennen hat, das ist ein Grundsatz des Strafverfahrens, der wohl keines Beweises bedarf. Daß die der Erkennung des Thatbestands unterliegende Frage der Zollschuldigkeit, losgerissen von einem Strafverfahren über eine Zollhinterziehung und ganz allein für sich betrachtet, nicht dem Strafrichter zur Entscheidung zusteht, kann man unbedingt zugeben; dann liegt aber der Grund dieser Inkompetenz nicht darin, daß er die Frage der Zollschuldigkeit überhaupt nicht und nirgends zu entscheiden hat, sondern sie liegt darin, daß ihm alsdann keine Denuntiation über ein Zollvergehen zur Untersuchung und Bestrafung vorliegt, und daß alsdann seine Amtsthätigkeit als Zollstrafrichter

überhaupt nicht eintritt. So ist es z. B. auch nicht die Sache des Strafrichters, die Kompetenz der öffentlichen Beamten zu bestimmen und zu ordnen, und doch wird man es nicht bestreiten wollen, daß bei einer Untersuchung über eine Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt der Strafrichter es ist, welcher die zum Thatbestand des Vergehens gehörige Frage, ob der öffentliche Beamte in den Grenzen seiner Gewalt da gehandelt hat, wo ihm eine Widersetzlichkeit aufstieß, zu entscheiden, und also hierbei allerdings die Kompetenz des öffentlichen Beamten zu bestimmen hat.

Die Art und Weise der Einleitung eines Verfahrens in Steuerstrafsachen weist auch gerade darauf hin, daß der Strafrichter die Frage der Zollschuldigkeit mit zu erwägen und zu entscheiden hat, denn wenn einer Zollbehörde eine Zollhinterziehung bekannt wird, so wird sie niemals für sich selbst, oder durch Anrufen der höhern Zollbehörde in einem mit dem Angeschuldigten eingeleiteten Administrativverfahren die Frage vorerst zur Untersuchung und Entscheidung bringen, ob der Angeschuldigte zollpflichtig ist; sie wird das darüber ergangene Erkenntniß der Zollbehörde nicht dem Strafrichter zustellen, um nunmehr auf die von ihm nicht mehr zu erwägende und zu entscheidende Aussprache der Zollpflichtigkeit hin eine Untersuchung wegen eines Zollvergehens einzuleiten, sondern sie wird vor Einleitung des Strafverfahrens für sich erwägen, ob ihr ein Grund der Annahme eines Zollvergehens vorhanden erscheint, und wenn ihr dieses als bejahend zu beantworten ist, so wird sie ihre Denuntiation an den Strafrichter geben und ihm die Untersuchung und Entscheidung des Vergehens nach den Gesetzen und Grundsätzen überlassen, welche ihm deßhalb vorgeschrieben sind. Als einer der ersten Grundsätze gilt aber der, daß der Strafrichter vor allem den objectiven Thatbestand festzustellen hat, und dieses kann er hier nur dann, wenn er auch die Frage über die Zollpflichtigkeit untersucht und entscheidet. Alles dieses läßt sich um so weniger mit Grund bestreiten, als ja gerade bei den Denuntiationen in Zoll- und Steuerstrafsachen das Ansuchen der denuntirenenden Zollbehörden überall nicht nur die Bitte um Bestrafung, sondern auch die Bitte um **Zahlung des einfachen Zolls** enthält, und als ja überall der Strafrichter bei verurtheilenden Erkenntnissen nicht nur die Strafe, sondern auch die **Zahlung des Zollgefälls** selbst ausspricht. Beides ist in der Anzeige, Untersuchung und Entscheidung immer mit einander verbunden, und wenn man also zugeben muß, daß in Ausnahme der sonstigen Bestimmung der Zollschuldigkeit durch die Zollbehörde bei dem Verfahren über ein Zollvergehen der Strafrichter es ist, welcher das Erkenntniß über die Zahlungspflicht des einfachen Zollgefälls kompetenter Weise gibt, so muß man auch zugeben, daß bei freisprechenden Erkenntnissen es gleichfalls der Strafrichter ist, welcher von der Zahlung des einfachen Zolls den Angeschuldigten da freisprechen kann, wo er sich durch die Untersuchung überzeugt hat, daß der Angeschuldigte nicht zollpflichtig war. Es folgt dieses schon aus dem bekannten Rechtsgrundsatz — nemo qui condemnare potest, non absolvere non potest — und das Gericht, welches nur verurtheilen, nicht aber freisprechen kann, wäre ein Unding.

Eben weil aber der Strafrichter in Zollsachen nicht nur verurtheilen, sondern auch freisprechen kann, so muß es auch dem Angeschuldigten zustehen, dem Strafrichter alle die ihn von Begehung der Defraudation und von Strafe freimachenden Umstände vorzubringen, und so lange man nicht den Zollstrafrichter nur zu dem Zweck einführt, die Schuld zu finden und auszusprechen, so lange man den Zollstrafrichter zur **Gerechtigkeitspflege auch in Zollsachen** einsetzt, eben so lange muß er auf die Entschuldigungsgründe achten, sie untersuchen und auch darüber entscheiden. Und wenn nun der Angeschuldigte Rechtfertigungsgründe vorbringt, welche für sich betrachtet, und losgerissen von ihrem Vorbringen im Strafverfahren nicht dem Strafrichter, sondern der Verwaltungsbehörde zum Erkenntniß zustehen, so kann und darf der Strafrichter solche nicht zurückweisen, sondern er muß sie gleich wie jeden andern Entschuldigungsgrund untersuchen, erwägen und beurtheilen, und wenn er sie für gesetzlich begründet erachtet, so muß er darauf hin den Angeschuldigten freisprechen. Er muß also über diese sonst der Verwaltungsbehörde zustehende Frage ein Erkenntniß fällen, und fällt es zuständiger Weise, weil ihm diese Frage in Verbindung mit dem Strafverfahren vorkommt, und weil er hierin der zuständige, und der allein zuständige Richter ist.

Man kann dieses nicht läugnen, und man wird es auch nicht läugnen; allein man wird behaupten, daß nicht darin der Streit liege, ob der Strafrichter dergleichen sonst der Kompetenz der Verwaltungsbehörden unterstehende Frage im Strafverfahren überhaupt mit zu entscheiden habe, sondern darin, wird man behaupten, liege der Streit, ob der Strafrichter dergleichen sonst der Verwaltungsbehörde zur Entscheidung zustehende Fragen mit Rechtskraft auch in dem Sinne entscheiden könne, daß es nunmehr der betreffenden Verwaltungsbehörde nicht mehr zustehe, nach Beendigung des Strafverfahrens auf die darin vorgekommene, sonst ihr zur Entscheidung zustehende Frage zurückzukommen, und solche abermals und mit Rechtswirkung gegen den Angeschuldigten auch anders zu entscheiden, als diese Entscheidung vom Strafrichter getroffen worden ist.

Wenn es nun nicht zu läugnen ist, daß dieses allerdings

zwei unterscheidbare Fragen sind, so wird sich doch nachweisen lassen, daß auch die Letztere verneinend zu entscheiden ist.

Richtig ist es nämlich vor allen Dingen, daß das Kriminalurtheil über die Strafe oder über die Freisprechung von der Strafe den im bürgerlichen Rechtsweg oder auf sonst geeignete Weise zu verfolgenden Ersatzansprüchen des Beschädigten, im Allgemeinen betrachtet, keinen Eintrag thut. Es folgt dieses schon daraus, daß die Rechtskraft eines Urtheils nur unter den Partien gilt, und daß in einem Strafverfahren der Beschädigte in der Regel nicht als Partie auftritt. Allein dieser allgemeine Grundsatz und diese Regel leidet da ihre Ausnahme, wo der Beschädigte seine Ersatzansprüche im Strafverfahren vorbringt, und wo er in dieser Beziehung als Partie erscheint, und nicht zu bezweifeln ist es, daß in einem solchen Fall, im sogenannten Adhäsionsprozeß, das über die Ersatzansprüche des Beschädigten mitentscheidende Strafurtheil auch gegen den Beschädigten in Rechtskraft übergeht.

Betrachten wir nun die Rechtsverhältnisse des Denuntiationsprozesses über Zoll- und Steuervergehen, so finden wir alsbald, daß die Zollbehörde hierin als Denuntiant auftritt, und im ganzen Lauf des Verfahrens dem Angeschuldigten als betreibende Partie gegenüber steht, die Beweise seiner Schuld beibringt, seine Rechtfertigungsgründe bekämpft und selbstständige, gegen den Angeschuldigten gerichtete, Rechtsmittel ergreift. Sie betreibt aber nicht nur die Strafe, sondern auch den Ersatz des ihr zugegangenen Nachtheils, sie verlangt die Nachzahlung des einfachen Zolls und der einfachen Steuer, und sie tritt daher im Strafverfahren dem Angeschuldigten zugleich als Partie hinsichtlich ihrer Ersatzansprüche entgegen, und hat deßhalb auch das darüber ergangene Urtheil gegen sich gelten zu lassen, wenn es in Rechtskraft getreten ist.

Nehmen wir den Fall an, es werde in einer Zollstrafsache vor dem Richter erwiesen, daß der Zoll wirklich bezahlt worden ist; nehmen wir an, es werde erwiesen, daß nicht nur die Zollstrafe, sondern auch die Zollforderung selbst verjährt ist, und nehmen wir an, daß wegen dieser erwiesenen Zahlung und Verjährung des Zolls der Richter den Angeschuldigten nicht nur von der Strafe, sondern auch von der an ihn verlangten Aussprache der Nachzahlung des einfachen Zolls entbunden hat, so wird man gewiß zugeben, daß es der Verwaltungsbehörde nicht mehr zustehen kann, den Angeschuldigten vor ihr forum zu ziehen, und ihn zu verurtheilen, den erwiesenermaßen bezahlten Zoll noch einmal zu zahlen, den erwiesenermaßen verjährten Zoll doch zu entrichten. Gerade darüber hat der Richter zuständigermaßen und rechtskräftig erkannt, und ein seinem Erkenntniß zuwiderlaufender Ausspruch der Verwaltungsbehörde wäre die Aufhebung, die Vernichtung eines rechtskräftigen richterlichen Urtheils, die der Verwaltungsbehörde nicht zusteht. Man sage nicht, daß die Verwaltungsbehörde die Fragen über Zollschuldigkeit zu entscheiden habe, und daß sie also in Beschränkung ihrer Aussprache auf den einfachen Zoll nur das thue, was ihres Amts seie. Diese ihre Zuständigkeit tritt nur dann ein, wenn es sich von vornen herein um die Schuldigkeit des Zolls als solches handelt, wenn es sich darum frägt, ob Jemand bei Einbringung einer Waare in das Land zollschuldig ist. Wenn aber die Waare schon längst im Land ist, wenn es sich frägt, ob sich Jemand eines Zollvergehens schuldig gemacht habe, so tritt dafür die Zuständigkeit des Strafrichters nach den sie bestimmenden Gesetzen ein. Dieser Zuständigkeit ist der Angeschuldigte und die Zollbehörde selbst unterworfen, und wenn der Verurtheilte gegen sich die richterliche Verurtheilung zur Nachzahlung des einfachen Zolls gelten lassen muß, und nicht im Stande ist, sich dagegen bei der Zollbehörde zu beschweren, daß das hierin unzuständige Gericht gegen ihn die Frage seiner Zollpflicht entschieden habe, so muß auch für ihn die Entscheidung des Richters gelten, welche ihn von der Zollpflicht freispricht. Sonst könnte das richterliche Urtheil überhaupt keinen Anspruch auf seine Gültigkeit machen, und wenn in einem Strafverfahren von dem Angeschuldigten bewiesen wird, daß er gar nicht der Einbringer der Waare gewesen ist, wenn der Angeschuldigte beweist, daß er zur Zeit der Begehung des Zollvergehens in einem Stande war, der es ihm physisch unmöglich machte, die Waare zu besitzen, einzubringen und den Zoll zu unterschlagen, so müßte man es immerhin der Zollbehörde überlassen, nach einem solchem hergestellten Beweis den Freigesprochenen zur Zahlung des Zolls anzuhalten, was doch gewiß gegen alles Recht und Gesetz ginge.

Die Zollbehörde ist bekanntlich ausschließlich kompetent die Controllvergehen abzuurtheilen. Nichts destoweniger hat auch der Strafrichter das Recht, in dem Fall, wo ihm bei einer denuntirten Zollhinterziehung nur ein Controllvergehen erwiesenermaßen unterliegt, eine Controllstrafe auszusprechen. Er wird dieses mit Rechtskraft auch gegen die Zollbehörde zu thun im Stande seyn. Die Zollbehörde wird aus ihrer sonst bestehenden Zuständigkeit über Controllvergehen nicht berechtigt seyn, nunmehr die nämliche Handlung als ein Controllvergehen abermals zu untersuchen, und eine neue, höhere Controllstrafe als die richterliche auszusprechen. Und wenn sonach unsere bestehende Gesetzgebung bei dem richterlichen Zollstrafverfahren eine solche Beschränkung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden ausdrücklich einführt, so wird man daraus nur schließen können, daß sie überhaupt bei dem Zollstraf-

verfahren die Zuständigkeit des Richters als die höhere für alle Fragen einführt, welche dort vorkommen, und entschieden werden. Bei der Natur des Denuntiationsprozesses, wo die Verwaltungsbehörde als Partie auftritt, bei dem Wesen des Zollstrafverfahrens als Adhäsionsprozesses, hinsichtlich des von der Zollbehörde verlangten Ersatzes und Zahlens des einfachen Zolls, überwiegt und vertritt aber die Zuständigkeit des ordentlichen Strafrichters, die ohnedieß nur ausnahmsweise bestehende Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde, und hier gilt der Satz — le criminel emporte le civil.

Jedenfalls wird durch solche sich widersprechende Erkenntnisse der Gerichte und der Verwaltungsbehörden über eine und ebendieselbe Sache und Handlung ein Streit erzeugt, der ein gegenseitiges dienstfreundschaftliches Benehmen wenigstens nicht befördert. Durch dergleichen, wenigstens der Sache nach die richterlichen Urtheile aufhebende, Schritte und Maßregeln der Verwaltungsbehörden wird das Ansehen der Gerichte geschwächt, und es wird gerade in Zollsachen das leider hie und da bestehende Mißtrauen der Zollbehörden gegen die Gerichte genährt, welches in sich gänzlich grundlos dann einen Schein gewinnt, wenn eine höhere Zollbehörde einen Angeschuldigten zum Ersatz des einfachen Zolls verurtheilt, von dem ihn das Gericht freigesprochen hat. Wenn sich solche Fälle wiederholen sollten, so wäre es sehr zu wünschen, daß die Verwaltungsbehörden bei ihren Denuntiationen die Anforderung des einfachen Zolls und Steuergefälls unterlassen, und die Gerichte nicht mehr in die Lage setzen, Erkenntnisse zu geben, welche zwar gegen den Angeschuldigten gültig und wirksam sind, welche aber von den Verwaltungsbehörden hinsichtlich ihres Interesses nach ihrem Ermessen beachtet, oder bei Seite gesetzt werden. Man wird dann freilich auf eine andere Einleitung des Strafverfahrens in Zoll- und Steuersachen denken müssen. Es wird dann freilich nothwendig werden, daß zuvor die Zollbehörden in ihrem Verwaltungsweg die Frage der Zollschuldigkeit entscheiden, und dann wird man sich vielleicht überzeugen, namentlich, wenn man auf die Schwierigkeit stößt, daß man in dieser Voranstellung der Frage der Zollpflicht zuerst die Rekursinstanzenfolge des Administrativverfahrens durchmachen muß, ehe das Strafverfahren wegen des Zollvergehens beginnen kann, daß die Natur der Sache und die Nothwendigkeit des Zollschutzes es gleichmäßig verlangt, daß bei Zollvergehen die Stelle auch die Zollpflicht zuständiger Weise und rechtskräftig entscheidet, welche das Strafurtheil gibt, welche aber auch freisprechen darf.

Ich könnte nun bei Betrachtung der Entscheidung des betreffenden Kompetenzkonflikts darauf übergehen, daß ich untersuchen würde, in wiefern das Gericht im vorliegenden Fall wirklich ausgesprochen hat, daß der Angeschuldigte den Zoll bezahlt habe. Allein mein Zweck ist nicht der, die getroffene Entscheidung des Falls einer Kritik zu unterwerfen, sondern mein Zweck ging nur dahin, den dabei allgemein aufgestellten Grundsatz der Unwirksamkeit der Strafurtheile auf die Geltendmachung der Privatansprüche des Beschädigten im Civil- oder Administrativweg gerade in Beziehung auf Zoll- und Steuervergehen einer nähern Erörterung und Prüfung zu unterwerfen, und dadurch zu verhindern, daß man von Seite der Zoll- und Steuerbehörden diesen, meines Erachtens hier nicht ganz richtigen, Grundsatz allgemein anwendet, und der Entscheidung des Kompetenzkonflikts die Deutung gibt, daß die Verwaltungsbehörden nach Beendigung des Strafverfahrens überall und ganz ungehindert durch das richterliche freisprechende Urtheil den Angeschuldigten zur Zahlung des einfachen Zolls- oder Steuergefälls verurtheilen, und alsbald dadurch, wie hier geschehen und nicht gerügt, zwingen können, daß sie die im richterlichen Beschlag liegenden Sachen des Angeschuldigten auch nach dem rechtskräftigen freisprechenden Urtheil in einem Verwaltungsbeschlag behalten. Ich wenigstens bin auf das vollkommenste überzeugt, daß man im großh. Staatsministerium dem in Beziehung auf die Wirkung der Strafurtheile angeführten Grundsatz eine solche Ausdehnung nicht geben wollte.

Dagegen wird es nöthig seyn, auch auf eine Erörterung und Prüfung des ferner bei der Entscheidung des obigen Kompetenzkonfliktes aufgestellten Grundsatzes einzugehen, daß Streitigkeiten über geleistete Zahlung solcher Schuldigkeiten, welche hinsichtlich ihrer Entstehung und ihrer Größe vor die Verwaltungsbehörden gehören, gleichfalls von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden sind und nicht von den Gerichten. Es wird dieses um so nothwendiger seyn, als die Zahl solcher vor die Verwaltungsbehörden gewiesener Verbindlichkeiten eine große ist, und als bekanntlich die Zahlung einer Verbindlichkeit, wenn man darunter auch nur Zahlung mit Geld versteht, ein Erlöschungsmittel einer Schuld ist, welches mit andern Erlöschungsgründen gleichsteht, demnach die von der Geldzahlung aufgestellte Entscheidung auch sehr wohl auf die andern und überhaupt auf die Erlöschungsgründe von Schulden und Verbindlichkeiten ausgedehnt werden kann, wodurch die hier geschehene Entscheidung des Kompetenzkonflikts eine Ausdehnung gewinnen würde, welche eine bedenkliche, und wahrscheinlich abermals nicht beabsichtigte wäre.

Bei Erörterung dieses Grundsatzes ist nun vor allem das voranzustellen, daß es sich hier nicht von einem Streit über die Zuständigkeit des Strafrichters, sondern allein um

die Frage handelt, ob der ordentliche Civilrichter den Streit zu entscheiden hat, ob eine von der Verwaltungsbehörde festgestellte Schuldigkeit des VIII. Organisationsedikts, Beil. D. I., §. 8 (Regsbl. 1809, Nr. 52, S. 449.) durch Zahlung oder sonst einen Erlöschungsgrund getilgt und erloschen ist.

Hierin ist nun nicht zu bestreiten, daß die Zahlungsleistung eine Schuld den Charakter derselben an und für sich nicht verändert, und wenn also die bezahlte Schuld eine solche ist, welche einen öffentlichen Charakter in ihrer Entstehung hat, so tilgt die Zahlung eine öffentlich entstandene Schuld. Allein die Tilgung einer Schuld durch Zahlung ist für sich betrachtet ein besonderes Rechtsgeschäft, und damit, daß man die Natur einer Verbindlichkeit als einer öffentlichen bewiesen hat, welche in ihrer Entstehung vor die Verwaltungsbehörden gewiesen ist, hat man noch keineswegs bewiesen, daß nunmehr auch alle über die Zahlung dieser Verbindlichkeit entstehenden Streite öffentlicher Natur sind und vor den Verwaltungsbeamten zur Entscheidung gehören. Es können aus der Zahlung, für sich betrachtet, eine Menge Rechtsstreite entstehen. Der Eigenthümer einer Sache, mit welcher ein Dritter seine Schuld bezahlt hat, kann sie nach L. R. S. 1238 unter gewissen Voraussetzungen vom bezahlten Gläubiger zurückfordern, und wenn hier ein solcher Streit entsteht, so wird es sich wohl schwer nachweisen lassen, daß diese Frage vor die Verwaltungsbehörde gehöre, indem sie aus öffentlich rechtlichen Verhältnissen entspringe. Es kann auch eine Zahlung zur Ungebühr vorkommen, und wenn also eine corelictio indebiti angestellt wird, so müßte solche nicht aus etwaigen andern Gründen, sondern ganz allein aus dem Grund vor die Verwaltungsbehörden gewiesen werden, weil es hier um einen Gegenstand handelt, welcher als solcher einen öffentlichen Charakter habe. Wären diese Streite so zu entscheiden, so würden die Entscheidungen aller Streite über die weitern Erlöschungsgründe der Verbindlichkeiten ebenfalls vor die Verwaltungsbehörden gehören, und es würde sich nicht mehr darum fragen, ob der Streit auf einem privatrechtlichen Verhältnisse beruhe, sondern nur daraus wäre die Frage der Zuständigkeit der Gerichte oder Verwaltungsbehörden zu entscheiden, ob der Gegenstand des Streits eine öffentliche Sache ist oder nicht. Und da nun der Fiskus eine öffentliche Persönlichkeit hat, so theilt er diese seine öffentliche Persönlichkeit auch seinem Eigenthum mit, wornach jeder Streit, der das Eigenthum oder die Persönlichkeit des Fiskus zum Gegenstand hat, auch eine öffentliche Sache zum Gegenstand hätte, mithin nicht vor den Gerichten, sondern vor den Verwaltungsbehörden zu entscheiden wäre. Und dann wäre man nicht mehr weit von der Ansicht, daß überhaupt der Fiskus kein Recht vor den Gerichten zu nehmen hätte, denn das wird sich in jedem Streit mit dem Fiskus leicht nachweisen lassen, daß es sich darin um eine Sache oder eine Handlung frägt, welche einen öffentlichen Charakter hat. Damit käme man aber viel zu weit, und es wird daher die Meinung, daß man die Zuständigkeit der Gerichte oder Verwaltungsbehörden bloß nach dem Gegenstande des Streits und dessen öffentlichen oder nicht öffentlichen Charakter zu beurtheilen seie, nicht als richtig anerkannt werden dürfen.

Es wird vielmehr die Beurtheilung dieser Zuständigkeit lediglich davon abhängen, ob die bestehende Gesetzgebung diesen oder jenen besonders ausgezeichneten Streit vor die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden gewiesen habe, und findet man keine darüber sich besonders aussprechende gesetzliche Bestimmung, so wird sich fragen, ob der Streit aus privatrechtlichen Verhältnissen entspringe, oder nicht. In letzter Frage ist nun allerdings auch die Untersuchung von großer Bedeutung, welchen Charakter der Gegenstand des Streits habe, ob er öffentlicher oder nicht öffentlicher Natur seie, denn man kann daraus auf die Privatrechtlichkeit des Ursprungs des Streits oder auf das Gegentheil zurückschließen. Allein mit dieser Untersuchung ist die Sache nicht abgethan, es muß zugleich die Natur des Rechtsgeschäfts, aus welchem der Streit entspringt, untersucht werden, und findet man darin ein privatrechtliches Verhältniß, so gehört der Streit vor die Gerichte; denn das darf man nicht außer Augen verlieren, daß die Zuständigkeit der Gerichte auch gegenüber des Fiskus die Regel bildet, und daß daher jedes Rechtsgeschäft, welches hinsichtlich seiner Beurtheilung vom Standpunkt des einen Theils aus, ein privatrechtliches ist, den Streit vor die Gerichte führt, obschon dem Rechtsgeschäft ein Gegenstand unterliegt, der, für sich betrachtet, öffentlicher Natur ist. Nehmen wir nur das Beispiel der Zuständigkeit der Gerichte über die aus dem Staatsdienst entspringenden Streite. Offenbar hat der Staatsdienst einen öffentlichen Charakter, und die dem Staatsbeamten zu zahlende Besoldung ist eine öffentliche Sache. Nichts destoweniger gehört ein Streit über die Fortbezahlung der Besoldung oder der Pension, je nach Lage der Sache, vor die Gerichte, obschon das Staatsdieneredikt nirgends die Zuständigkeit der Gerichte besonders benannt hat. Der Grund davon liegt einfach darin, daß zwar die von dem Regenten ausgehende Staatsanstellung, wenn man sie nur von dieser Seite aus betrachtet, nichts privatrechtliches hat, daß aber durch die Annahme der Staatsanstellung mit ihren Bedingungen der Staatsbeamte als Privatmann einen privatrechtlichen Vertrag des Dienstgedinges eingeht, und daß also von dieser Seite aus sein Staatsdienst einen privatrechtlichen

Charakter hat, welcher die daraus entspringenden Streitigkeiten vor die Gerichte und nicht vor die Verwaltungsbehörden weist, so lange nicht besondere Streitgegenstände dieses Vertrags vor letztere gewiesen sind.

Fragen wir nun unter diesen Voraussetzungen nach den etwaigen besondern gesetzlichen Bestimmungen über die Kompetenz der Verwaltungsbehörden oder der Gerichte in Zollsachen, so ist es richtig, daß das VIII. Organisationsedikt, Beilage D. I. 8 die Entscheidung über die Schuldigkeit, Art und Größe des Beitrags der Unterthanen zu direkten und indirekten Steuern, zu welche letztern die Zölle gehören, den Kreisdirektorien übertragen hat, und daß durch neuere Verordnungen diese Kompetenz hinsichtlich der Zölle auf die Zolldirektion übergegangen ist, und darauf gestützt, wird man alsbald behaupten, daß also die Zolldirektion und nicht der bürgerliche Richter es seie, welche alle Streitigkeiten über Zollsachen zu entscheiden habe. Allein dabei darf nicht übersehen werden, daß gerade das VIII. Organisationsedikt im §. 8 die Zuständigkeit des bürgerlichen Richters als die Regel, und die der Verwaltungsbehörde nur als die Ausnahme anerkannt, und daß also diese letztere Kompetenz nur beschränkend und nicht ausdehnend aufgegriffen werden darf. Betrachtet man nun den Ausdruck des Gesetzes, daß das Kreisdirektorium die Streitigkeiten über die Schuldigkeit, Art und Größe des Beitrags zu direkten und indirekten Steuern zu entscheiden habe, so wird man ihn nicht dahin verstehen dürfen, daß also die Verwaltungsbehörde alle und jede Streitigkeiten über die in lit. c genannten Gegenstände zu entscheiden habe, sondern man wird ihn um so mehr auf eine besondere Art des Streits hinsichtlich des Beitrags zu Steuern auszulegen haben, als auch hinsichtlich der andern am betreffenden Ort benannten Gegenstände das Gesetz nicht alle und jede darüber entstehende Streitigkeit vor die Verwaltungsbehörden weist. So ist z. B. in lit. d nur der Streit über die Größe eines Alimentationsbeitrags und nicht über die Schuldigkeit desselben vor die Verwaltungsbehörde gewiesen.

Davon ausgegangen und immer die beschränkende Auslegung des Gesetzes im Auge behalten, so wird man aber unter einem Streit über die Schuldigkeit, Art und Größe eines Beitrags zu den in lit. c. genannten Gegenständen nur den Streit zu verstehen haben, welcher die Fragen umfaßt, unter welchen die Pflicht des Beitrags zu den genannten Gegenständen entsteht und zu Stande kommt, und welche sich auf die Art dieses Beitrags, ob in Geld oder Arbeiten oder Sachen, und auf die Größe desselben beziehen, so daß also hinsichtlich des Zolls die Streitigkeiten vor die Verwaltungsbehörden gehören, welche z. B. darüber ergehen, ob eine in das Land eingebrachte Waare überhaupt zollpflichtig ist, ob sie nur Transitzoll oder Eingangszoll zu leisten hat, und wie groß dieser Zoll ist. Betrachtet man aber den Streit, wo ein Zollpflichtiger behauptet, er habe den Zoll wirklich bezahlt, so ist in diesem Streit die Schuldigkeit des Zolls für sich betrachtet nicht im Streit, es ist zwischen dem Zollpflichtigen und der Zollbehörde eine ausgemachte Sache, daß, und wovon, und wie viel Einer zollpflichtig ist, sondern nur das ist im Streit, ob der Zollpflichtige seiner Zollpflicht schon Genüge geleistet hat. Es geht daher der Streit nicht um das Zustandekommen der Zollpflicht, sondern um die Erfüllung derselben, und dieser Streit ist im §. 8 c. nicht vor die ausnahmsweise Kompetenz der Zollbehörden gewiesen, sondern er bleibt der Regel der Zuständigkeit des bürgerlichen Richters unterworfen. Ein ähnliches nur umgekehrtes Verhältniß ist am betreffenden Ort unter lit. b vorgeschrieben, wo die über die Erfüllung der Akkorde zu öffentlichen Arbeiten entstehenden Streite vor die Verwaltungsbehörden gewiesen sind, und wo also die Streite über das Zustandekommen des Akkords selbst den bürgerlichen Richtern unterstehen.

Es unterliegt daher schon in richtiger Auslegung des VIII. Organisationsedikts die Kompetenz der Verwaltungsbehörden über die in lit. c. genannten Gegenstände dieser Beschränkung; sie ist aber auch von der spätern Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt und festgesetzt, denn durch die Verordnung vom 9. Sept. 1815, Regsbl. 1815, Nr. 16 ist vorgeschrieben, daß die aus privatrichtlichen Titeln abgeleiteten Widersprüche des angeforderten Beitrags zu den im §. 8 c genannten Schuldigkeiten nicht vor den Verwaltungsbehörden, sondern vor dem bürgerlichen Richter zur Entscheidung kommen sollen. Die Zahlung einer Schuld ist aber ein privatrechtlicher Befreiungstitel von der Schuld, sie ist ja ein im bürgerlichen Gesetzbuch abgehandeltes Rechtsgeschäft, und wo also der Streit nicht über die Zollpflicht und deren Entstehung an sich, sondern über die geschehene Zahlung desselben ergeht, gehört er nach richtiger Auslegung des VIII. Organisationsedikts, und nach ausdrücklicher Vorschrift der Verord. vom 9. Sept. 1815 vor die Gerichte, und nicht vor die Zollbehörden. Und selbst wenn man die allgemeinen Entscheidungsnormen des §. 14 der Verfassungsurkunde und des §. 4 der P. O. über die Zuständigkeit des Richters oder der Verwaltungsbehörde unterstellt, so kommt man zum gleichen Ergebniß. Hiernach nimmt der Fiskus in allen aus privatrechtlichen Verhältnissen entspringenden Streitigkeiten Recht vor dem Richter. Nun entspringt aber hier der Streit nicht aus dem allerdings vor die Verwaltungsbehörde gehörenden Zustandekommen des Zolls, sondern er entspringt aus der behaupteten und bestrittenen Zahlung des

Zolls. Die Zahlung des Zolls ist aber ein privatrechtliches Rechtsgeschäft, und sonach gehört der Streit vor den Richter und nicht vor die Verwaltungsbehörde.

Betrachten wir doch nur den Gang und den Inhalt dieser Streitigkeiten über das Zustandekommen der Zollpflicht und ihre Erlöschung durch Zahlung, so wird man sich alsbald überzeugen, daß diese verschiedene Kompetenz der Verwaltungsbehörden und des Richters ganz in der Natur der Sache liegt.

Die Art und Weise des Entstehens der Zollpflicht liegt in dem Geschäftskreis der Finanzbehörden, von ihnen gehen die hier einschlagenden Anordnungen aus, und unter ihnen steht die Aufsicht über den Vollzug der hier einschlagenden Gesetze und Verordnungen, wornach es auch die Finanzbehörden sind, welche vorzugsweise sich mit diesen Gegenständen beschäftigen und welche daher zur Entscheidung darüber entstehender Streite vorzugsweise geeignet sind. Wenn aber diese Fragen alle erledigt sind, wenn über das Zustandekommen der Zollpflicht kein Streit besteht, sondern wenn es sich bloß darum handelt, ob der Zoll bezahlt seie, so kann man nicht einsehen, daß zur Erörterung und Entscheidung dieses Streits die Zolldirektion vorzugsweise geeignet ist. Die Zahlung des Zolls ist die landrechtliche Zahlung einer Schuld, wie einer andern, und wenn nun über den Beweis dieser Zahlung Streit entsteht, wenn es sich darum handelt, ob die vorgelegte Quittung eine ächte ist, wenn es sich um eine Schriftvergleichung nach den Vorschriften der P. O. handelt, wenn Eide zugeschoben und zurückgeschoben, das Gewissen mit Beweis vertreten, Versäumungserkenntnisse erlassen werden sollen, so würden wohl die Mitglieder der Zolldirektion, und im Rekursweg des Finanzministeriums, so wie im Oberrekursweg des Staatsministeriums sich verwundert ansehen, wenn sie alles dieses vornehmen, und sonach die P. O. eifrigst studiren müßten. Das ist platterdings unmöglich, und um sich aus dieser Lage der Sache zu ziehen, gibt es keinen andern Weg, als entweder anzunehmen, daß diese Fragen vor den Richter gehören, oder aber, daß es bei solchen Streiten auf alle diese Vorbringen des Zollpflichtigen, und auf alle diese seine Rechtsbehelfe nicht ankommt, sondern daß die Verwaltungsbehörden dergleichen Streite ohne alle weitere rechtliche Verhandlungen ganz nach eigenem Ermessen zu entscheiden haben, und daß diese ihre Entscheidung auch von ihnen durch eigene executive Gewalt zu vollziehen ist. Mit andern Worten, daß nicht die Verhandlungsmaxime, sondern die Maxime des Habhaftwerdens dergleichen Streite entscheidet.

So kann es durchaus nicht seyn, denn wäre es so, so könnten die Zollbehörden den Zoll, die Steuerbehörden die Steuer, die Gemeindsverwaltungsbehörden die Gemeindsbeiträge zu jeder Zeit von den Pflichtigen fordern, und da die Verjährung so gut ein nicht vor den Richter gehöriges Erlöschungsmittel der Schuld als wie die Zahlung ist, so könnte auch die verjährte Schuld angefordert werden, und der Bürger müßte über die geschehene Zahlung oder Verjährung vor Verwaltungsbehörden sein Recht nehmen, welche in der eigenen Anforderung der Schuld nicht einmal den Schein der Unparteilichkeit bewahren können, der doch nothwendig wäre, um der Entscheidung einer Verwaltungsbehörde zumal da nur einiges Vertrauen zu erwerben, wo sie in ihrer Entscheidung nicht an die Normen und Gesetze gebunden erachtet werden soll, welche sonst vor dem Richter eingehalten werden müssen, wenn es sich darum handelt, ob ein Bürger etwas zahlen soll.

Man wird auch dieses als ein Uebelstand nicht verläugnen, allein man wird dagegen anführen, daß es unmöglich seie, die Fragen über die Zahlung der Steuern und Zölle, von denen der ganze Staatsbestand abhänge, den Gerichten und ihrem langsamen schleppenden Verfahren zur Entscheidung zu überweisen, und man wird dabei sich zur Furcht vor schon beginnender Auflösung des ganzen Staats hinaufschrauben, wenn man solche Grundsätze einführen wollte. Allein man fürchtet sich vor einem leeren Schatten, denn das liegt doch wohl auf der flachen Hand, daß ein Prozeß auch vor den Gerichten kein so angenehmes Ding ist, daß man mit Grund zu befürchten hat, daß nun die überwiegende Mehrzahl der Staatsbürger, *ohne die Staatssteuer bezahlt zu haben*, aus reiner Prozeßlust über die nicht geschehene Zahlung einen Rechtsstreit vor dem Richter beginnt. Die Prozesse über nicht wirklich geschehene Zahlung des Zolls und der Steuern werden um so seltener seyn, als die Beträge der Steuer und des Zolls im Einzelnen klein sind, und die Art und Weise ihrer Zahlung höchst einfach geregelt ist. Sollten aber deßhalb viele Prozesse entstehen, weil *wirklich bezahlter Zoll noch einmal angefordert wird*, so ist es Recht, wenn sie vor den Richter kommen, und wenn sie nicht vor die Behörde zur Entscheidung gehören, welche die Bezahlung des bezahlten Zolls anfordert.

(Schluß folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 32. Karlsruhe den 11. August 1838.

I.

Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Zollbehörden über die Entscheidung der bestrittenen Zollzahlung.

(Schluß.)

Was den schleppenden Gang der Gerichte betrifft, so wird eine geringe nicht zur Appellation kommende Sache vor dem Richter erster Instanz schneller entschieden, als im Verwaltungsweg, der seine Rechtsmittel nicht nach dem Werth des Gegenstands bemißt, und wenn wir einmal fragen, welche Entscheidung längere Zeit braucht, welche vom Amt, Hofgericht und Oberhofgericht gegeben wird, oder welche von den Administrativmittelstellen, den Ministerien und dem Staatsministerium ausgeht, so möchte sich erst noch behaupten lassen, daß die erstere Entscheidung nicht später kömmt, als die letztere. Diesem ganzen Einwand liegt überhaupt ein höchst grundloses Mißtrauen unter, welches bei den Finanzstellen, hauptsächlich in Zollsachen, hie und da gegen die Gerichte besteht, und welches dadurch genährt wird, daß solche Stellen jede Denuntiation wegen einer Defraudation in ihrem großen Diensteifer schon für eine Art Ueberführung des Angeschuldigten darum halten, weil sie nach ihrer Instruktion nur auf ihnen gegründet scheinende Anzeigen eine Denuntiation einleiten sollen, und weil sie nun in der Abweisung ihrer Denuntiation eine Art Abänderung ihres schon gefällten Urtheils zu erblicken glauben, von deren Begründung sie sich um so weniger überzeugen, als dergleichen Denuntiationen manchmal auf Verordnungen der Finanzstellen sich gründen, denen die Finanzbehörden, nicht aber die Gerichte, eine Gesetzeskraft beilegen.

Nach allem dem möchte es daher zum mindesten zweifelhaft seyn, ob die in einer Zoll- oder Steuerdefraudation von den Gerichten gefällten Urtheile nicht auch auf eine rechtskräftige Weise die hierbei vorkommende Frage der Zoll- oder Steuerpflicht entscheiden, und ob es nicht die Gerichte sind, welche den allein um die Frage der Zahlung des Zolls oder der Steuer sich drehenden Streit da zu entscheiden haben, wo die Zollpflicht selbst als wirklich bestanden nicht bestritten wird.

Und nun noch ein Wort über das hier vorgekommene Verfahren der Zollbehörden hinsichtlich der Beschlagnahme der Waaren.

Die Waaren, von welchen eine Defraudation des Zolls behauptet wurde, waren schon längst im Besitz des Denuntiaten, und nachdem die Denuntiation erhoben ward, so wurden sie von der Zollbehörde mit Beschlag belegt. Diese zur Feststellung des Thatbestands dienende Maßregel war nach §. 29 des hier in Anwendung kommenden Zollstrafgesetzes gerechtfertigt. Allein nach §. 30 gehen solche mit Beschlag belegte Gegenstände in richterlichen Beschlag alsdann über, wenn das Verfahren über die Defraudation beginnt, und dieser Beschlag endigt sich nach §. 30 jedenfalls durch das in Rechtskraft übergegangene freisprechende Urtheil, so daß die von der Zollbehörde hier angeordnete Fortdauer des Beschlags bis zur Erledigung des vor sich gezogenen Verfahrens über die Frage der Bezahlung des einfachen Zolls nicht zu rechtfertigen ist. Der etwa dafür angerufene Satz des Zollgesetzes, daß die Waare für den Zoll hafte, tritt hier nicht ein, denn er geht nur auf den Fall, wo eine Waare zu einer Zollstätte gelangt, und wo alsdann die Waare nicht eher von der Zollbehörde freigegeben wird, als bis der Zoll entrichtet ist. Hier war aber die Waare schon bald ein halbes Jahr in den Händen des Zollpflichtigen, und wenn nun für einen solchen Fall behauptet werden wollte, daß es der Zollbehörde zustände bei ihrer Behauptung, daß der einfache Zoll davon nicht bezahlt worden seie, mit der Beschlagnahme der Waare zu beginnen, also dem Zollpflichtigen die Waare aus seinem Magazin zu nehmen, und in öffentlichen Verwahr zu legen, so wäre dieses die Anlegung eines Arrests, die Wegnahme einer Privatsache aus dem Eigenthum eines Bürgers, wozu kein Gesetz berechtigt. Solch ein Verfahren könnte zu einer großen Unsicherheit des Eigenthums führen, und wenn man bedenkt,

daß sonach es immer die Zollbehörde wäre, welche den einfachen Zoll fordert, welche über die Behauptung der schon geschehenen Zahlung entscheidet, welche ihre Entscheidung mittelst executiver Gewalt in Vollzug setzt, und welche diesen Vollzug durch Beschlagnahme der betreffenden Waaren von vornen herein sichert, und sich zugleich die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieses Beschlags beilegt, so möchte hier doch eine solche Vereinigung des Klägers, Richters und Urtheilsvollstreckers in einer Person Statt finden, daß man wohl befürchten darf, daß hierbei Schritte geschehen, welche nicht ganz mit Recht und Gesetz vereinbarlich sind. Sander.

Anmerkung der Redaktion.

Meine Meinung hinsichtlich der beiden Kompetenzfragen ist folgende:

I. Die Frage: ob das Hofgericht als Strafrichter über die Schuldigkeit, den Zoll nachzuzahlen, beziehungsweise den defraudirten Zoll zu ersetzen, auch mit Rechtswirkung gegen den Fiskus als Gläubiger entscheiden konnte? — wird von der Beantwortung der allgemeinen Frage abhängen: ob überhaupt das freisprechende Urtheil des Strafrichters auch eine rechtskräftige Verwerfung der Ersatzansprüche des als Denuntiant aufgetretenen Damnifikaten involvire, oder ob dem Letztern die nachträgliche Verfolgung seiner Ansprüche im bürgerlichen Verfahren unbenommen bleibe?

Die Privatansprüche des Beschädigten berühren an und für sich die Strafgewalt des Strafrichters nicht; gleichwohl haben die Gesetze dem Strafrichter die Befugniß eingeräumt, denjenigen, den sie wegen eines Verbrechens verurtheilen, zugleich auch zum Ersatze des Schadens für schuldig zu erklären.

Dieß muß nun, da die Gesetze keinen Unterschied machen, nicht nur von denjenigen Fällen gelten, wo der Gegenstand der Rechtsverletzung, wie z. B. beim Diebstahl, bei der Unterschlagung, beim Betrug, bei der Rechnersuntreue ꝛc. dem Privatrechte angehört, sondern auch von jenen, wo der Gegenstand, wie bei der Defraudation von direkten oder indirekten Steuern, dem öffentlichen Rechte angehört.

Darnach muß der Richter, welcher über die Defraudation von Zöllen zu erkennen hat, über die Schuldigkeit des Defraudanten zur Nachzahlung, beziehungsweise zum Ersatze der Zölle, in derselben Weise entscheiden können, in welcher der Strafrichter, der über einen Diebstahl erkennt, über den Ersatz des Entwendeten zu entscheiden hat.

Er thut das Letztere eben so wenig in der Eigenschaft eines Civilrichters, als das Erstere in der Eigenschaft eines Administrativrichters, sondern beides in der Eigenschaft eines Strafrichters.

Es fragt sich daher nun, welche Kompetenz der Strafrichter in Bezug auf den Entschädigungspunkt überhaupt habe?

Nach §. 19 des Strafedikts hat er über den Schadenersatz desjenigen zu erkennen,

„der durch das Verbrechen beleidigt wurde.“

Dieß setzt also voraus, daß jemand durch das Verbrechen des Angeschuldigten auch wirklich beleidigt wurde, daß somit überhaupt ein verurtheilendes Erkenntniß erfolgte.

Wird aber der Angeschuldigte hinsichtlich des Verbrechens freigesprochen, so ist der Strafrichter durch kein Gesetz berufen, gleichwohl über den Civilpunkt ein Erkenntniß zu geben.

Der Hauptgrund, aus welchem das Gesetz nur im Falle der Verurtheilung des Angeschuldigten dem Strafrichter auch das Erkenntniß über den Schadenersatz zuweist, mag darin liegen, daß nur im Falle der Verurtheilung jedesmal gewiß ist, daß der Verurtheilte auch den durch das Verbrechen veranlaßten Schaden zu ersetzen habe, wogegen aus seiner Freisprechung in Bezug auf das Verbrechen noch keineswegs folgt, daß er nun auch von dem Schadenersatz freizusprechen sei. Es kann die That eine Schadenersatzpflicht begründen, und dennoch keine Strafe nach sich ziehen; eben so kann sie nach den Regeln des Civilprozesses als erwiesen gelten, der Beweis aber, um ein Strafurtheil darauf zu bauen, nicht genügen.

Dazu kommt, daß das Strafverfahren nur gegen den Angeschuldigten gerichtet ist, nur gegen diesen also eine Verurtheilung zum Schadenersatz darauf gebaut werden kann, wogegen der Damnifikat in der Regel in kein Verfahren zur Vertheidigung seiner Rechte hereingezogen wird, das freisprechende Erkenntniß also ihm seine Ansprüche mit Rechtsbestand nicht verwerfen kann.

Im Denuntiationsprozeß, der bei Zolldefraudationen zur Anwendung kommt, ist zwar dem denunzirenden Dammifikaten mehr Gelegenheit zur Vertheidigung seiner Rechte gegeben. Ganz eben so, wie im Civilprozeß, hat er sie aber dennoch nicht, und namentlich sind ihm nicht alle Beweismittel, welche die Civilprozeßordnung gestattet, eingeräumt. Deßwegen hat auch das Gesetz von dem Satze, daß das Urtheil des Strafrichters gegenüber dem Damnifikaten die Schadenersatzforderung nicht endgültig verwerfen könne, bei Denuntiationen keine Ausnahme gemacht. Vielmehr stellt der §. 22 des Strafedikts den Denuntianten, dessen Privatansprüche das Strafurtheil nicht anerkannte, mit andern Damnifikaten, die mit dem im Strafurtheil ihnen zuerkannten Ersatze nicht zufrieden sind, auf die gleiche Stufe. Er gestattet beiden, über ihre Privatansprüche, soweit das Strafurtheil sie nicht

anerkannte, auf den Grund eines kurzen nachträglichen Wechselverfahrens vom Hofgerichte ein Separaterkenntniß zu verlangen, wogegen alsdann jedem Theil die Oberappellation zusteht. Uebrigens muß, um das Separaterkenntniß beim Hofgericht verlangen zu können, der Privatanspruch wenigstens so viel betragen, daß die Sache auch im ordentlichen bürgerlichen Rechtsweg an das Hofgericht gelangen könnte, so wie die Oberappellation gegen das Separaterkenntniß nur dann Statt hat, wenn der Gegenstand die Oberappellationssumme erreicht, woraus hervorgeht, daß dieses nachträgliche Verfahren nur eine besondere Art von Civilverfahren ist, und vor dem Hofgericht oder Oberhofgericht nicht in der Eigenschaft eines Strafgerichts, sondern nur in jener eines Civilgerichts Statt hat.

Auch kann man den §. 22 in Uebereinstimmung mit dem §. 19 nur auf die Stelle beziehen, wo ein verurtheilendes Straferkenntniß erfolgt, der Damnifikat, beziehungsweise der Denuntiant aber mit der darin enthaltenen Bestimmung, was als Schaden anzusehen sei, oder wie viel er betrage, nicht zufrieden ist; wogegen für den Fall, da gar keine Verurtheilung erfolgte, der Strafrichter also gar keinen Anlaß hatte, über den Schadenersatz eine Bestimmung zu geben, dem Damnifikaten oder Denuntianten die Einleitung eines gewöhnlichen Civilverfahrens über seine Civilansprüche unbenommen bleibt.

Damit steht im Einklange: der L. R. S. 235, wornach in Fällen, da die zur Begründung einer Ehescheidungsklage angeführten Thatsachen ein Untersuchungsverfahren veranlassen, das Civilverfahren zwar unterbrochen wird, nach Erledigung des Strafpunktes aber, selbst wenn ein freisprechendes Urtheil erfolgte, wieder aufgenommen werden kann, ohne daß das über den Strafpunkt ergangene freisprechende Erkenntniß der Ehescheidungsklage entgegengehalten werden könnte.

Damit stimmt ferner überein: der §. 569 der P. O., wornach zum Beweise eines Verbrechens im Civilverfahren nach erledigtem Strafverfahren die Eideszuschiebung Statt findet, also die Civilklage auf den Grund eines Verbrechens auch dann noch zuläßig ist, wenn der Strafrichter bereits ein freisprechendes Urtheil erlassen hat.

Diese Gesetze machen dabei zwischen dem Falle, da der Damnifikat als Denuntiant auftrat, und andern Fällen keinen Unterschied.

Kann hiernach der Bestohlene, welcher als Denuntiant im strafgerichtlichen Wege den Dieb verfolgt hatte, den Letztern, nachdem der Strafrichter ihn freigesprochen hat, noch mit einer bürgerlichen Klage belangen und dabei nach §. 569 der P. O. ihm den (im Strafverfahren unzuläßigen) Eid zuschieben, so muß in gleicher Weise auch der Fiskus den vom Strafrichter freigesprochenen Zolldefraudanten wegen des einfachen Zollersatzes vor dem über Zollforderungen zuständigen Administrativrichter belangen können, und der Mißstand liegt nicht darin, daß nach einer vom Strafrichter ausgegangenen Freisprechung überhaupt noch eine Ersatzforderung Statt finde, sondern darin, daß in Zollsachen (überhaupt bei Streitigkeiten über Staatssteuern) Richter und Partei in einer Person vereinigt sind, daß nämlich die nämlichen Finanzbehörden, welche die fiskalischen Interessen der Steuerkasse zu vertreten haben, auch zur Entscheidung der darüber entstehenden Streitigkeiten berufen sind.

Dieß ist aber nicht bloß da der Fall, wo der Steuerforderungsstreit erst nach einer vom Strafrichter ausgegangenen Freisprechung zur Entscheidung kommt, sondern auch da, wo gar keine strafgerichtliche Verfolgung Statt hat, und der Pflichtige nur aus anderer Veranlassung die Verbindlichkeit zur Zahlung des Zolles oder der sonstigen Steuerforderung an und für sich, oder in Bezug auf die geforderte Größe in Widerspruch zieht. Was sodann

II. die Einrede der Zahlung betrifft, so bin ich keinen Augenblick zweifelhaft, daß darüber der Civilrichter erkennen dürfe, da den Kreisdirektorien, an deren Stelle in dieser Beziehung die Zolldirektion und die Steuerdirektion getreten sind, im §. 8 e des Organisationsedikts von 1809, Beilage D (in obigem Aufsatze ist irrig das achte Organisationsedikt citirt) nur das Erkenntniß

„über die Schuldigkeit, Art und Größe"

der Steuerbeiträge, nicht aber auch jenes über die Zahlung derselben oder über andere privatrechtliche Erlöschungsgründe zugewiesen ist.

Ueber die Zahlung als über einen privatrechtlichen Erlöschungsgrund von Verbindlichkeiten (L. R. S. 1234) müssen bei Steuern eben so, wie bei der Zahlung anderer Schuldigkeiten, alle Beweismittel zugelassen werden, welche die bürgerliche Prozeßordnung unter den gegebenen Voraussetzungen zuläßt. Daß aber die Finanzbehörden weder auf Haupt- oder Notheide erkennen, noch Zeugen eidlich abhören können u. dgl., wird wohl Niemand bezweifeln, und es würde sich überhaupt kurios ausnehmen, wenn dieselben nach der bürgerlichen Prozeßordnung eine Verhandlung pflegen sollten.

Indessen haben dieselben die Befugniß, über die Schuldigkeit und Größe der Steuerbeiträge selbst zu erkennen und die von ihnen als liquid erkannten Beträge mittelst Exekution selbst beitreiben zu lassen, ohne den Richter angehen zu müssen; daher kommt der Steuerpflichtige gar nicht in die Lage, eine behauptete Zahlung vor dem Richter, vor dem er gar nicht belangt ist, als Einrede gegen

die Steuerforderung geltend zu machen, und die Finanzbehörden ihrerseits berücksichtigen dieselbe nach §. 14 der Steuerexecutionsordnung nur in sofern, als der Pflichtige die vorgeschriebene Quittung vorweist. Kann er Letzteres nicht, so wird er im Steuerexecutionswege zur Zahlung angehalten, und es bleibt ihm dann nichts übrig, als die frühere Zahlung, da der Fiskus sie nicht anerkennt und an der Steuer nicht aufrechnet, als zur Ungebühr geleistet, mittelst einer Klage wieder zurückzufordern.

D. R.

II.

Rechtsfall aus dem Wechselrechte.

Heddäus hatte am 24. Nov. 1834 einen Wechsel im Betrage von 96 fl. 36 kr., in drei Monaten zahlbar, auf Handelsmann J. A. Moos in Mannheim gezogen. Der Wechsel wurde von diesem acceptirt, und von Heddäus auf Salomon Maas indossirt. Nachdem ihn dieser nachher den Erben des inzwischen verstorbenen Wechselschuldners hatte präsentiren lassen, wurde er wegen Mangels der Zahlung protestirt.

Ueber den Nachlaß des J. A. Moos mußte Gant erkannt werden, und Heddäus meldete dann in der Schuldenliquidationstagfahrt, unter Vorlage des Wechsels, die Wechselforderung an. Der Unterrichter wies ihn jedoch ab, indem er annahm, daß Heddäus, nachdem er den Wechsel auf Salomon Maas indossirt hatte, nicht mehr befugt sei, die Wechselforderung dem Wechselschuldner gegenüber geltend zu machen, dieses Recht vielmehr nur dem gedachten Indossaten (der sich übrigens nicht meldete) zustehe.

Auf die von Heddäus hierwegen an das Hofgericht des Unterrheinkreises ergriffene Berufung, änderte dieses jedoch die unterrichtliche Entscheidung dahin ab, daß die obgedachte Forderung für liquid zu erklären sei.

In den Entscheidungsgründen wurde hinsichtlich der Legitimation des Liquidanten Heddäus angeführt:

1) Nach Satz 114 a des Handelsrechts soll die Aushändigung eines Wechsels als Bekenntniß der Berichtigung des Wechselwerthes angesehen werden. Diese Bestimmung findet nach L. R. S. 4 a eben so wohl auf das zwischen dem Indossanten und Indossaten durch das Indossament eingetretene Rechtsverhältniß Anwendung, als es hinsichtlich des Wechselschuldners und Wechselinhabers unzweifelhaft besteht. Durch das Indossament wird nämlich der Indossant für den Fall, daß der Wechselschuldner nicht bezahlt werden sollte, Selbstschuldner des Indossaten (vergleiche Satz 118, 164 des H. R.), somit diesem gegenüber in die nämliche Lage gesetzt, in welcher sich der Wechselschuldner (der Acceptant) dem Wechselinhaber gegenüber befindet. Gibt daher der Indossat einen vom Wechselschuldner nicht bezahlten und deßhalb protestirten Wechsel dem Indossanten zurück, so enthält dieses nach Maßgabe der eben angeführten Gesetzesstellen die Erklärung, daß Indossat für seine Rückgriffsforderung an den Indossanten von diesem Befriedigung erhalten habe.

Dadurch wird dann das vorher zwischen dem Indossanten und dem Wechselschuldner bestandene Rechtsverhältniß so hergestellt, wie es vor dem fraglichen Indossament und ohne dasselbe bestanden haben würde.

Eines Rückwechsels (der ohnehin keine nothwendige Förmlichkeit wäre) bedarf es in einem solchen Falle aber nicht. Das Ziehen eines Rückwechsels vom Indossaten auf den Indossanten ist ein, vom ursprünglichen Wechselgeschäfte unabhängiger Vorgang, der zwischen den genannten zwei Personen eine Novation enthält (H. R., Satz 178), welche den ursprünglichen Wechselschuldner, als Dritter, gar nicht berührt und nur dann Statt zu finden pflegt, wenn der Indossant nicht sogleich den Indossaten, auf die in Gemäßheit des H. R. S. 165 geschehene Eröffnung des Protests, befriedigt.

Da nun nach der Verfallzeit resp. dem Proteste ein Wechsel nicht mehr durch ein, nach Maßgabe des H. R. Satz 136, gefertigtes Indossament übertragen werden kann, der Appellant aber dennoch im Besitze des betreffenden Wechsels sich befand und denselben zu den unterrichtlichen Acten gab, und der Wechsel ein Fahrnißgegenstand ist, so spricht nach L. R. S. 2279 die Rechtsvermuthung dafür, daß der Appellant auf die angegebene Art wieder in den rechtmäßigen Besitz des Wechsels gekommen sei, ohne daß es einer besondern Nachweisung hierwegen bedürfte, zumal da der Prozeßgegner ohnehin nicht behauptete, daß jene Besitzergreifung in einem Vergehen des Appellanten ihren Grund habe, der frühere Indossat sich nicht gemeldet hat und auch die in L. R. S. 1690 vorgeschriebene feierliche Bekanntmachung an den Schuldner auf den Wechselübergang keine Anwendung findet.

2) Für die Klagbefugniß des Appellanten spricht außerdem noch Folgendes:

Nach Satz 118 und 140 des H. R. haftet der Indossant, der hier zugleich der Wechselgeber ist, dem Indossaten gegenüber mit dem Acceptanten sammtverbindlich für die Bezahlung des Wechsels. Jener befindet sich daher gerade in derselben Lage, wie der Bürge, der für den Hauptschuldner sich sammtverbindlich erklärt hat. Er kann deßhalb auch nach Analogie des L. R. S. 2032, Nr. 2 in dem Falle, wenn der Hauptschuldner in Vermögenszerfall gerathen ist (wie hier der Acceptant Moos), den Schuldner auf Bezahlung der Schuld belangen, und zwar sogar dann, wenn er, der Bürge, noch nicht einmal selbst den Gläubiger bezahlt hätte.

Kirn.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 33. Karlsruhe den 18. August 1838.

I.

Negativer Kompetenzkonflikt zwischen dem großh. Hofgericht und der großh. Kreisregierung.

Maria Anna Schuler, geborne Seger von Altorf, welche von ihrem Ehemann abgesondert lebt, verlangte von ihm die Ermächtigung zu Führung eines Rechtsstreits gegen ihren minderjährigen Sohn Rud. Schuler, um ein von ihrer Mutter zu dessen Gunsten errichtetes Testament als nichtig anzufechten. Von ihrem Ehemann erhielt sie keine Antwort auf dieß Begehren, wandte sich also durch den R. P. Spr. an das Amt Kenzingen mit der Bitte:

ihr die richterliche Ermächtigung zur Anstellung ihrer Klage zu ertheilen.

Das Amt verfügte aber:

„von Obervormundschaftswegen im Interesse des Pflegbefohlenen" werde die nachgesuchte Ermächtigung verweigert.

Der Anwalt der gedachten M. A. Schuler wandte sich hierauf mit einer so betitelten Appellationsbeschwerde an das Hofgericht dahier und gründete seine Beschwerden darauf:

a) daß das Amt die vorgetragenen Umstände nicht in Erwägung gezogen, sondern nur das Interesse des Betheiligten minderjährigen Kindes der Klägerin berücksichtigt habe; es sei nämlich allerdings dem Interesse desselben angemessener, wenn es jetzt schon im Besitz eines bedeuteten angefallenen Vermögens sei, als wenn es solches erst nach dem Tode seiner Mutter zu erwarten habe; allein hier, wo das Interesse der Mutter und des Kindes collidire, und wo zur Wahrung des letztern der Richter gar nicht berufen sei, könne das Interesse des Kindes den Ausschlag nicht geben, sondern die Entscheidung müsse davon abhängig gemacht werden, ob die Mutter den vorhabenden Rechtsstreit gewinnen könne oder nicht?

b) die Landrechtsätze 218 und 219 übertragen die jetzt in Anspruch genommene Funktion ausdrücklich dem Richter, und es könne daher kein Zweifel mehr darüber obwalten, daß nur dieser zur Entscheidung der Frage:

Ist eine Ehefrau zur Eingehung eines Rechtsstreits zu ermächtigen oder nicht?

berufen — und jede Entscheidung einer Administrativbehörde hierüber eine Usurpation der ihr nicht zustehenden richterlichen Gewalt sei.

Zum Beweis der entscheidenden Thatsachen wurde auf die betreffenden Urkunden, als Eheverträge, Testamente und Inventuren Bezug genommen, sodann die Bitte gestellt: nach erhobener causae cognition zu erkennen:

die Klägerin Appellantin sei gerichtlich ermächtigt, den vorhabenden Rechtsstreit gegen ihren Sohn Rud. S. auf Umstoßung der von ihrer Mutter am 7. und 24. Sept. 1834 errichteten letzten Willen zu beginnen, und, wenn nöthig, durch alle Instanzen durchzuführen; die Kosten trage der Appellat.

Der Gerichtshof forderte vorerst die Amtsacten ein und das Amt bemerkte in seinem Berichte: es halte die Beschwerde für ungeeignet, denn die Obervormundschaftsbehörde habe im Interesse eines Minderjährigen über die Ermächtigung zur Prozeßführung erkannt, und wenn Implorantin mit diesem Erkenntnisse nicht zufrieden sei, so stehe ihr wohl der Rekurs an großh. Kreisregierung offen, allein zu Appellationsverhandlungen eigne sich diese Administrativsache nicht.

Der Gerichtshof (erster Senat) beschloß, dem R. P. Sp. durch das Amt auf seine Beschwerde zu eröffnen: daß die obrigkeitliche Ermächtigung einer Ehefrau zur Prozeßführung ohne den Consens oder wider Willen ihres Mannes ein Akt der obervormundschaftlichen Gewalt sei, und daß dergleichen Handlungen nach unserer Gesetzgebung nicht den richterlichen, sondern den administrativen Behörden zustehe, er werde daher mit seiner hieher nicht geeigneten Beschwerde gegen den Beschluß des Amts abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin wandte sich nunmehr zur Erreichung ihres Ziels an die hiesige großh. Kreisregierung; es erging aber von derselben an das Amt Kenzingen folgender Beschluß:

„Die Ermächtigung der Ehefrau zur Prozeßführung ohne oder gegen den Willen des Mannes hat nach L. R. S. 218 von dem Richter zu geschehen, von welchen sie eben so, wie die Ermächtigung zur Sammtverbindlichkeit (V. O. vom 7. April 1810, §. 3, Reg. Bl. Nr. 15) in einer gerichtlichen Urkunde zu ertheilen ist. Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde ist durch kein Gesetz begründet, und es kann daher ein außergerichtliches Rechtsmittel gegen ertheilte oder versagte Gerichtsermächtigung, wofür die Form des Verfahrens im L. R. S. 219 vorgeschrieben ist, überall nicht Statt finden."

Von dieser Verfügung wurde zugleich hieher mit dem dienstfreundschaftlichen Ansuchen Nachricht gegeben, daß das großh. Justizministerium in verschiedenen Spezialfällen die Inkompetenz der Administrativbehörden in rubrizirtem Betreff ausgesprochen habe.

Beurtheilung.

Bei diesem negativen Kompetenzkonflikte befindet sich die großh. Kreisregierung ohne Zweifel im Irrthum, welcher daher rührt, daß sie den — in den erwähnten Landrechtsätzen vorkommenden Ausdruck: „Richter, Richteramt" im strengen Sinne nimmt, obgleich ihn die Gesetzgebung in diesem und noch vielen andern Stellen des Landrechts (Cod. Nap.) in weiterm Umfange gebraucht hat.

Richter (juge) im eigentlichen Sinne ist nur der, welcher durch die Staatsgewalt ermächtigt ist, die Rechtsverhältnisse streitender Theile durch ein Erkenntniß nach den Gesetzen zu bestimmen. Der Ausdruck: „Gerichtsbarkeit" bezeichnet diese richterliche Gewalt, allein sie ist nicht immer auf diesen engen Kreis beschränkt.

Bei den Römern hatten die Präsides vermöge ihrer *jurisdictio* die ganze Justiz- und Regierungsgewalt; andern Magistraten waren unter diesem Namen einzelne Gewaltzweige anvertraut; gleichwohl haben die Römer im Begriffe die *jurisdictio* von der Regierungsgewalt unterschieden, namentlich vom merum und misetum imperium und der *legis actio* — dem Rechte, ohne Befehl und Rechtsspruch gewisse nicht streitige Geschäfte in der gesetzlichen Form zu vollführen oder zu bestätigen. — L. 3, 4 de jurisd. L. 1, §. 1 de offic. ejus, cui mand. L. 26 ad municop. L. 4 de adopt., L. 3 de off. procons.

In Deutschland ist von jeher das Richteramt mit andern Nebenbeschäftigungen vermischt gewesen. In jener allgemeinen Bedeutung ist die Gerichtsbarkeit ein Gemisch der Regierungs- und Justizgewalt, jedoch hat man die Begriffe dadurch wieder gesondert, daß man die eigentliche Gerichtsbarkeit unter dem Namen der streitigen (jurisdictio contentiosa) den übrigen Regierungsrechten des Richters unter der Benennung der willkührlichen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria) entgegensetzte. Das Verfahren in den streitigen Sachen nennt man schlechthin Prozeß.

Die einzelnen zur willkührlichen Gerichtsbarkeit gehörenden Handlungen sind mit den Lehren des Privat- und Regierungsrechts in genauem Zusammenhange und werden in den Lehrbüchern des Civilrechts, namentlich in den Lehren von der Ehe und den Eheverträgen, von der väterlichen Gewalt, der Anwünschung (Adoption, Emancipation, Vormundschaft, Entmündigung u. s. w.) abgehandelt.

Das badische Landrecht (Code Napoleon) enthält über die Akte der willkührlichen Gerichtsbarkeit — ohne dieser Benennung sich zu bedienen — bei den einschlägigen Materien die gesetzlichen Bestimmungen. Die Kompetenz und Obliegenheit aber zur Verrichtung, beziehungsweise Bestätigung, solcher Handlungen hängt von der Gerichtsverfassung ab. Mit der Reception des französischen Civilgesetzbuchs als badisches Landrecht ist bekanntlich die französische Gerichtsverfassung mit ihren organischen Einrichtungen bei uns nicht eingeführt worden, und da sie von der badischen sehr verschieden ist, so läßt sich leicht erklären, daß in dem Gesetzbuche manche Handlungen dem Richter, Richteramt zugewiesen sind, obgleich sie nach unsern bestehenden Einrichtungen vor andere Behörden gehören, was namentlich mit den in Frage stehenden L. R. S. 218 — 224 über die richterliche Autorisation der Ehefrau vor Gericht zu stehen, und mit der angezogenen Verordnung vom 7. April 1810 von der gerichtlichen Ermächtigung der Ehefrauen zur Eingehung einer Sammtverbindlichkeit der Fall ist. Das Organisationsrescript vom 26. Nov. 1809 mit seinen Beilagen, welches, in Folge des Länderzuwachses, die ganze Staatsverwaltung neu geordnet, hat namentlich und ausdrücklich die willkührliche Gerichtsbarkeit in den Geschäftskreis der beurkundenden und verwaltenden Stellen (im Gegensatze zu den richterlichen im eigentlichen Sinne) von unten herauf, der Amtsrevisorate, Beamtungen (Ober- und Bezirksämter) und der Kreisdirektorien (nunmehr Kreisregierungen genannt und mit größerm Bezirke begabt) gewiesen, auch hat das zweite Einführungsedikt zum Landrecht jene Gegenstände der willkührlichen Gerichtsbarkeit, für welche ein richterliches Verfahren im Gesetzbuch vorgeschrieben ist, den Aemtern als Polizeibehörden zur geeigneten Erledigung, mit ausdrücklichem Vorbehalt der Berufung an die höhere Administrativbehörde, zugetheilt. Unter den Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, welche den Kreisregierungen unmittelbar zustehen, ist in der Organisationsbeilage D., sub num. 12 h, die Erlaubnißertheilung an Pflegschaften zu Prozeßführungen bei inländischen Gerichten in zweiter Instanz oder bei einem ausländischen

Gericht, wo Anwälte anzustellen sind. Die gerichtliche Ermächtigung einer Ehefrau zur Prozeßführung ohne oder gegen den Consens ihres Mannes gehört eben so zu den Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, denn die eheliche Vormundschaft ist ein analoges Verhältniß mit andern Pflegschaften. Tritt nun der Fall ein, wie hier, daß das Amt die nachgesuchte Ermächtigung verweigert, und die Ehefrau solche bei einer höhern Behörde zu erlangen sucht, so kann es nur jene Stelle seyn, welcher nach der Organ. Beil. D., num. 12 c., die Aufsicht über die Geschäftsführung der Aemter und Amtsrevisoren rücksichtlich aller Lit. C., Nr. 20 und 39 bemerkten Gegenstände, namentlich und insbesondere der Pflegschaften übertragen ist, folglich auch die Erledigung der deßfalls an sie gelangenden Bitten und Beschwerden obliegt. Diese höhere Behörde ist — wie gezeigt — die betreffende großh. Kreisregierung. Das Hofgericht hingegen kann niemals in dergleichen Gegenständen kompetent seyn, denn fürs erste ist in der Organ. Beil. Lit. E den Hofgerichten nur die streitige Gerichtsbarkeit (jurisdictio contentiosa) in Civilsachen zugetheilt, zum andern verträgt es sich nicht wohl mit der Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Richters, daß er einer Partei erst die Ermächtigung vor Gericht zu stehen, ertheilen und dann selbst erst den Prozeß leiten und aburtheilen soll. Beide Handlungen in einer und derselben Person oder Dienststelle vertragen sich, meiner Ansicht nach, nicht mit einander, denn die Ermächtigung einer Partei zum Streit begründet erst ihre Legitimation, und des Richteramts Sache ist es nun, das Daseyn der Legitimation der streitenden Theile zu fordern und zu prüfen, nicht aber selbst dasjenige, was einer Partei fehlt, um vor Gericht auftreten zu dürfen, zu ergänzen. Der nachgesuchten Ermächtigung soll in der Regel — wenn sie nicht als leere Formalität behandelt werden will — eine Untersuchung der Verhältnisse, worauf es ankommt, und eine Erwägung des Nutzens oder Schadens, welcher der Partei durch die Führung oder Unterlassung des Rechtsstreits erfolgen kann *), vorausgehen. Der Richter, wenn er sich diesem Geschäfte unterziehen müßte, würde von vorn herein den Advokaten der Partei machen, folglich in eine Collision der Pflichten mit seinem Richteramte gerathen.

Nach vorstehender Ausführung darf es keinem Zweifel unterliegen, daß die Kompetenz der großh. Kreisregierung für den unterstellten Fall gegründet ist. Da übrigens diese hohe Stelle zur weitern Motivirung ihrer Ablehnung der Sache behauptet hat, daß das großh. Justizministerium in verschiedenen Specialfällen, die jedoch nicht namentlich angegeben sind, die Inkompetenz der Administrativbehörden in rubrizirtem Betreff ausgesprochen habe, so wird darauf erwiedert, daß hierorts solche Aussprüche nicht bekannt, und, wenn sie wirklich ergangen, doch nicht haltbar, vielmehr mit der bestehenden Gerichtsverfassung im Widerspruche sind.

Eine andere Frage ist es: ob in dem unterlegten Falle überhaupt eine Berufung von dem abweisenden Beschlusse des Amtes an eine höhere Behörde zulässig sei? denn nach der Fassung des Artikels 218 hängt es von dem Gutfinden des Beamten ab, die gebotene Autorisation zu ertheilen, weil das Gesetz sich also ausdrückt: er kann (*il peut*). Verhält es sich so und nimmt man das Gesetz nach dem Wortlaut, so hat die Partei kein Beschwerderecht gegen den abweisenden Ausspruch des Amtes zu führen und keinen Rekurs an eine höhere Stelle; allein nach dem Geiste des Gesetzes, welches keine reine Willkühr des Beamten dulden kann, sondern eine sorgfältige Prüfung der That- und Rechtsverhältnisse unterstellt, muß man annehmen, daß der Richter der willkührlichen eben so gut wie jener der streitigen Gerichtsbarkeit schuldig ist, seine Bescheide mit Gründen zu rechtfertigen, und daß es derjenigen Partei, welche sich bei diesen Gründen nicht beruhigen will, erlaubt ist (cet. paribus), ihre Beschwerde höhern Orts anzubringen. So verhält es sich nach dem gemeinen deutschen Rechte, welches eine sogenannte außergerichtliche Appellation (nach Analogie der gerichtlichen) mit Beobachtung der vorgeschriebenen Fristen, oder auch den Weg der bloßen Beschwerde gestattet, — vid. Just. Claproth bürg. Proz. II. Th., §. 372. Thybaut Syst. d. Pand. R., §. 1276.

Donsbach.

Nachtrag zu dem Aufsatz über den negativen Kompetenzkonflikt.

In Gemäßheit des hofgerichtlichen Ansuchens hat die großh. Kreisregierung mit einen Akten in rubrizirtem Betreff auch ein Aktenheft in Sachen der Friedrich Birmelinschen Ehefrau von Eichstetten wegen Entschlagung der Gütergemeinschaft mitgetheilt, worin folgender Erlaß des großh. Justizministeriums vom 23. November 1832 ersichtlich ist:

„Erlaß des großh. Ministeriums des Innern vom 26. Oktober 1832, Nr. 14,128 in Sachen mehrerer Gläubiger gegen die Friedrich Birmelinschen Eheleute zu Eichstetten, Forderung; modo Entschlagung der Ehefrau an der Gütergemeinschaft betreffend.

Beschluß.

1) Den, gegen den amtlichen Bescheid vom 30. November v. J. und hiernächst gegen die denselben bestätigende Entscheidung der großh. Kreisregierung vom 4. Mai d. J. ergriffenen Rekurs als unstatthaft zu verwerfen.

*) Zachariä in s. Hdb. d. fr. C. R. 3. B., S. 69, Note 37 sagt: „wenn die Frau bei dem Gerichte auf Autorisation anträgt, so hat dieses theils das Interesse des Mannes, theils das der Frau zu beachten. Merlin qu. m. separat. de biens, §. V.

2) Der großh. Regierung des Oberrheinkreises hievon unter Rückanschluß der vorgelegten Akten mit dem Bemerken Nachricht zu geben, daß ein außergerichtliches Rechtsmittel gegen ertheilte oder versagte Gerichtsermächtigung, wofür die Form des Verfahrens im L. R. S. 219 vorgeschrieben sei, überall nicht Stat finden könne."

„von Gulat."

Dieser hohe Beschluß des großh. Justizministeriums und vielleicht noch mehrere, deren die Kreisregierung im Allgemeinen erwähnt hat, scheint diese veranlaßt zu haben, von ihrer frühern Meinung über ihre Zuständigkeit abzugehen, denn man nimmt in dem besagten Aktenheft wahr, daß die großh. Kreisregierung sich für kompetent gehalten hat, über den dorthin ergriffenen Rekurs der Friedrich Birmelinschen Ehefrau wegen der vom Amt ihr abgeschlagenen Gerichtsermächtigung zur Prozeßführung zu erkennen, indem sie durch ihren Beschluß vom 4. Mai desselben Jahrs den amtlichen Bescheid bestätiget hat. Es scheint aber das großh. Ministerium des Innern von einer andern Ansicht ausgegangen zu seyn, weil es die Akten in der nämlichen Sache, ohne den dorthin ergriffenen Rekurs der Birmelin'schen Ehefrau im dritten Zuge selbst zu erledigen, dem großh. Justizministerium mitgetheilt hat.

Obiger Beschluß des großh. Justizministeriums verdient, daß ich meinem Vortrage noch einige Betrachtungen nachfolgen lasse, denn ich bin der Ansicht, daß

1) das großh. Justizministerium nicht kompetent war, seinen oberwähnten Beschluß, der ein oberstrichterliches Erkenntniß involvirt, zu erlassen, und

2) daß der Beschluß, seinem Inhalte nach, so wie auch die zugleich der großh. Kreisregierung zur vermeintlichen Belehrung gemachte Bemerkung, auf einer unrichtigen Ansicht beruht.

Zu 1) nämlich wird die Inkompetenz des Justizministeriums zur Erkennung über den fraglichen Rekurs, wenn man auch solchen zur Erledigung im Wege der Justiz und nicht der Administration als geeignet ansehen würde, keiner Ausführung bedürfen, da bekanntlich das großh. Justizministerium wohl die Oberaufsicht auf die Justizpflege im Großherzogthum, aber nicht die Verwaltung derselben hat und keine der drei Instanzen für die Ausübung der Gerichtsbarkeit bildet *).

Zu 2) ist zwar nicht zu bestreiten, daß die L. R. S. 218 und 219 die Ehefrau an den Richter (das Richteramt des Bezirks) gewiesen und das Verfahren vorgeschrieben haben, um die Ermächtigung gegen die Versagung des Ehemanns zu erwirken, dennoch aber ist es nicht minder wahr, daß die Fragen über die Zuständigkeit des Gerichts und über die Form des Verfahrens das Prozeßrecht angehen, und daß die deßfallsigen Bestimmungen des französischen Code de procedure, Art. 861 und folglich in den Code civil, wohin sie eigentlich nicht gehören, übertragen worden sind; eben so wahr ist es auch, daß die Sätze 218 und 219 des badischen Landrechts nur eine wörtliche Uebersetzung des Code Napoleon enthalten, und daß die Bestimmungen des Landrechts über richterliche Kompetenz und die Form des Verfahrens nur dann und in so weit bei uns Anwendung finden können, als sie mit unserer, von der französischen sehr verschiedenen, Gerichtsverfassung und Prozeßordnung im Einklang stehen. Die französische hat ihren Gerichten in ihrem Hauptberufe, der Rechtspflege, einen engern Wirkungskreis angewiesen, als dieß bei uns der Fall ist; ein französisches Gericht, erster oder zweiter Instanz, hat im ordentlichen Prozesse keine andere Verrichtung, als über den schon instruirten Prozeß in der Audienz die Anwälte und Advokaten der Parteien zu hören und hierauf, was Recht, zu erkennen. Mit dem Hören beginnt das Geschäft des französischen Richteramts, mit dem Rechtsprechen ist es geendigt. Die Ausfertigung des Urtheils, welches der Vorstand des Gerichts mündlich zum Protokoll ausgesprochen hat, ist lediglich Sache der Gerichtschreiberei. Auch die Vollstreckung der Urtheile, so weit sie in der fahrenden Habe des Verurtheilten geschieht, gehört nicht zum Geschäftskreis des Richteramts, sondern der Huissiers. Dagegen ist den Gerichten eine andere Geschäftsvermehrung zugetheilt, indem gewisse Gegenstände der willkührlichen Gerichtsbarkeit in ihre Hände gelegt sind. Anders verhält sich die Sache bei unsern Gerichten, umfassender ist ihre Wirksamkeit in der Justizpflege, aber mit Gegenständen der willkührlichen Gerichtsbarkeit haben sie nichts zu schaffen. Was die Ober- und Bezirksämter in jenen Geschäftszweigen verrichten, geschieht von ihnen nicht in ihrer

*) Nimmt man an, daß die gerichtliche Ermächtigung einer Ehefrau von den ordentlichen Gerichten auszugehen habe, so kann das Justizministerium allerdings keine Instanz bilden, und über Beschwerden wegen versagter Ermächtigung nicht erkennen. Wenn man aber, wie der Herr Verfasser dafür hält, die Ermächtigung einer Ehefrau als eine Sache der willkührlichen Gerichtsbarkeit zur Kompetenz der (administrativen) Rechtspolizeibehörden gehörig ansieht, so bildet das Justizministerium, welchem die (früher dem Ministerium des Innern zugestandene) oberste Leitung der Rechtspolizei übertragen ist, die dritte Instanz, und es kann eine versagte Ermächtigung der Ehefrau ertheilen, oder die Beschwerde verwerfen. In so weit aber das Justizministerium dafür hält, daß eine im Rekurswege an dasselbe gelangte angebliche Rechtspolizeisache gar nicht vor die Rechtspolizeibehörden, sondern vor die Gerichte gehöre, so kann es wohl ohne Zweifel den rechtspolizeilichen Rekurs als unstatthaft erklären und den Betheiligten überlassen, sich an die Gerichte zu wenden. D. R.

Eigenschaft als Gerichten erster Instanz, sondern vermög ihrer Administrativgewalt, da bei ihnen die Administration von der Justiz zur Zeit noch nicht getrennt ist, daher auch von ihren Beschlüssen in jenem Gebiete die Beschwerdeführer sich an die höhere Administrativbehörde zu wenden haben. vid. Organisationsedikt.

Es ist schon in meinem ersten Vortrage gesagt und gezeigt worden, daß die Ermächtigung einer Ehefrau zu einem Rechtsgeschäft, oder vor Gericht zu stehen, die ihr von dem Ehemann verweigert wird, oder ein die nachgesuchte Ermächtigung versagender Beschluß der Staatsbehörde ein Akt der Obervormundschaft ist, weil sie entweder die Stelle der ehelichen Vormundschaft, die dem Manne über die Frau zusteht (daß eine eheliche Vormundschaft besteht, nimmt Zachariä als eine bekannte Sache an, wie aus der Note 2, §. 472 seines Handbuchs also zu ersehen ist):

„Nach dem Gewohnheitsrechte, aus welchem der Code die eheliche Vormundschaft entlehnt hat, gehörte die Autorisation des Mannes ad formam negotii, sie war nach der Analogie der Vorschriften, welche das römische Recht über die auctoritas tutoris enthält, zu beurtheilen. Nach dem heutigen Rechte ist sie eine bloße Einwilligung."

vertritt, den Mangel der Einwilligung des Mannes in das Vorhaben seiner Frau ergänzt, oder seine Versagung bestätigt, oder als Wächterin über dem Ehevogt steht, um in Collisionsfällen das Interesse der Frau gegen jenes des Mannes in Schutz zu nehmen; da nun nach unserer Verfassung die polizeilichen Obrigkeiten es sind, welchen die obervormundschaftliche Gewalt überhaupt über alle vogtbare Personen beiderlei Geschlechts zusteht — man sehe das II. Einführungsedikt zum C. N., Nr. 5 — so sind auch nicht minder die Ehefrauen in den vorkommenden Fällen unter den Schutz der nämlichen Behörden gestellt, und findet in ihren Angelegenheiten eben so, wie in jenen anderer Pflegbefohlenen, kein richterliches, sondern polizeiliches Verfahren Statt. Dieß ist insbesondere zu erkennen aus dem L. R. Zusatz 224 a in den Worten: „Jede Gerichtsermächtigung muß der Ehefrau einen Geschlechtsbeistand für die betreffenden Fälle zugeben." So wie die Vormünder und Pfleger für Unmündige, Minderjährige und Entmündigte, so werden die Beistände für die Frauen von den Polizeibehörden bestätigt und verpflichtet. Ferner ist die gleiche Behandlung der Eheweiber mit andern Curanden zu erkennen in Nr. 28 des II. Einführungsedikts zu Art. 2143 bis 2145 des C. N., indem gesagt wird: „Auf das Gesuch eines Vormunds, um Beschränkung des Unterpfandsrechts seines Curanden, und auf das Gesuch des Ehemanns, um Beschränkung des Unterpfandsrechts seiner Frau, beschließt die ordentliche Obrigkeit im polizeilichen Weg. Sie haftet regressorisch für den Schaden, der durch allzugroße Beschränkung des Unterpfandsrechts den Betheiligten erwächst, falls sie gegen ihren und ihrer Vertreter Willen geschieht." Im Landrecht wird das Gericht als diejenige Stelle genannt, welche die Sache zu untersuchen und die Minderung des Pfandrechts auszusprechen hat — „*le tribunal* prononcera la reduction etc. — das Edikt weist dieß Geschäft der Polizeibehörde zu, und obgleich nicht das Nämliche zu Art. 218 und 219 des Civilrechts ausdrücklich verordnet ist, so findet doch in diesen Fällen nach dem Vorhergesagten und aus Analogie ein gleiches Verfahren Statt, und eine Verweisung in den richterlichen Weg würde mit der Verfassung im Widerspruch stehen. Es darf nämlich nicht übersehen werden (worauf ich wiederholt aufmerksam machen will), daß unser Landrecht — die Zusätze abgerechnet — in einer wörtlichen Uebersetzung des Code Napoleon besteht, worin sehr viele Bestimmungen mit der französischen Gerichtsverfassung und Gerichtsordnung in engem Zusammenhange stehen, daß daher die damalige Gesetzgebungskommission (namentlich Brauer) die Absicht gehabt hat, mit diesem Gesetzbuche auch die organischen Einrichtungen der französischen Gerichtsverfassung bei uns einzuführen; man sehe das erste Einführungsedikt, Nr. III., wo gesagt wird:

„Ueber die für die Anwendbarkeit dieses Gesetzbuchs nöthige besondere Anstalten der Staatsschreiberei, Beamtung des bürgerlichen Standes, Pfandschreiberei des Familienraths und der Kronanwaltschaft werden wir besondere Verfügungen ergehen lassen. Wegen der Untergerichte und Friedensgerichte achten wir solche für unnöthig. Auch wird demnächst eine nachfolgende allgemeine Prozeßordnung die weiter dienlichen Maßregeln vorzeichnen." Für die Bestellung der Kronanwaltschaft ist schon unterm 20. Mai 1809 eine Verordnung erschienen. Die Absicht der gleichzeitigen Herstellung der organischen Einrichtungen ist insbesondere auch in der Verordnung vom 22. Juni desselben Jahrs, wodurch die Frist zur Einführung des neuen Landrechts auf den 1. Januar 1810 erstreckt worden, ausgesprochen; daß aber bald das nachher erschienene zweite Einführungsedikt vom 22. Dezember nämlichen Jahrs (ausgegangen von andern Staatsmännern und Verfassern der allgemeinen Landesorganisation) die alt hergebrachten einheimischen Rechtsinstitute ausdrücklich beibehalten und die Gesetzeskraft des Code nur über die darin enthaltenen Bestimmungen der bürgerlichen Rechtsverhältnisse ausgesprochen hat, woraus denn nothwendig zu folgern ist, daß die Bestimmungen des Code, welche mit der Gerichts-

verfassung zusammenhängen und das Verfahren vorschreiben, bei uns keine Anwendung finden dürfen, in so weit sie nicht durch besondere Verordnungen für anwendbar erklärt sind, oder mit unserm frühern Verfahren übereinstimmen. Dieses ist aber, namentlich in Ansehung des Pflegschaft- und Vormundschaftwesens, der Fall nicht, sondern gerade das Gegentheil, indem für solches in dem Edikt ganz andere Behörden, als sie der Code erwähnt, aufgestellt sind und das Verfahren dieser Behörden nicht für gerichtlich, sondern polizeilich erklärt ist.

Sieht man schließlich auch auf unsere Prozeßordnung, so gelangt man über den fraglichen Gegenstand zum nämlichen Resultat. Im Wege der Appellation kann das Hofgericht einer Beschwerde der Ehefrau wegen versagter Ermächtigung vom Unterrichter nicht Statt geben, denn nach §. 1172 ist eine Appellation nur gegen ein Urtheil zuläßig, welches einen Streitgegenstand zuerkennt oder abspricht. Hier liegt ein Erkenntniß über den Streitgegenstand nicht vor, nicht einmal eine Klage, sondern nur das Begehren der Frau um Ermächtigung, vor Gericht aufzutreten und ein Urtel in der Sache zu bewirken. Eher möchte man dieselbe zur Beschwerdeführung nach §. 1244 geeignet finden, wenn man die richterliche Versagung der Ermächtigung als eine Justizverweigerung ansehen könnte, allein meines Dafürhaltens hat das Amt der Beschwerdeführerin dadurch, daß es ihr die verlangte Ermächtigung versagt hat, die Justiz nicht verweigert, es hat über ihr Gesuch wirklich erkannt. Beruht auch dieß Erkenntniß etwa nicht auf zureichenden Gründen und ist sie daher materiell beschwert, so kann doch ihre Beschwerdeführung nicht ans Hofgericht gebracht werden, weil der Fall einer Justizverweigerung nicht vorhanden ist.

Donsbach.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

3. Seyn und Denken.

(Fortsetzung)

Alle unbezogene Unmittelbarkeit, jeden noch unbestimmten Begriff, alle Objektivität, sogar alles Negative, und das Bestimmte ohnehin, nennen wir in vorkommenden Fällen ohne Anstand Seyn und denken nicht daran, wie das Seyn Gedanken in sich schließe. Die Ausdrücke Für „eines“ Seyn, Was „für“ eines Seyn, und ähnliche, sind vielfältig in die Sprache verwebt, und das Ansichseyn, von dem wir so oft reden, enthält eine große verhüllte Welt von Gedanken und von Seyn. Auch das Seyn in allem Daseyn und überhaupt jede vorausgesetzte Totalität, die wir Seyn zu nennen gewöhnt sind, alle diese Geisteswesen und Denkgestalten der großen Denkmutter Seyn (man redet ja auch von Metallmüttern) könnten sich nur nach und nach einzeln in langem Zuge geordnet entfalten; aber auch nur einmal einen halb verworrenen Blick in diese Denkwelt zu thun, und nur einmal zu ahnen, daß sie uns wirklich umgibt, und daß wir alle in ihr leben, ist wichtig, und, daß das Denken sich selbst denken könne, dies beruht auf dieser Angewöhnung, daß man sich nach und nach heimlich wird in der leisen Welt. Diese Denkatome die wir immer (nur nicht unvermischt und rein und so ganz geisterhaft) im Kopfe haben und die unser innerstes Wesen durchweben und halten und sind. Der Mensch ist Denken, und Denken ist Gedanken haben, und die reinen logischen Gedanken sind eben die wesenhaften und eigentlichen Gedanken; sie sind das, was die Welt bewegt und zusammenhält; sie sind der Geist in der Welt.

Des äußeren Seyns gibt es eine Fülle; das ist alles einzelne Seyn, es ist gegenständlich, ist fest und ruhend, und vieles bleibt sich gleich, ja ist sogar selbstständig, während anderes selbstlos ist, oder doch auf den ersten Blick sich als einen bloßen Schein zu erkennen gibt. Das vielfache verschwindende Seyn ist kein wirkliches Seyn und das sich auch hielte und bleibende Gegenwart hätte. Aber es gibt auch ein wahres Seyn, und wenn auch alles Thun der Menschen, vermitteltes Seyn ist, und, wie auch das Natursein überhaupt, nur Gesetztseyn und Bedingtseyn ist, ja wenn auch alles Seyn und äußere Thun der Menschen mit dem Bedürfnisse vergeht, so steht doch allem geistlosen Seyn und allem geglaubten und nur gemeinten Seyn ein gedachtes Seyn gegenüber; und wenn ich allen vielfarbigen Inhalt und Wechsel, und auch alles Dingseyn, alle Existenz und Bestehen völlig wegdenke, so daß das Wort Seyn eine völlige Gleichgültigkeit gegen alles, was ist, ausdrückte, so ist diese leere Hülle des reinen Seyns eine Form und zwar eine Denkform. Und nun möchte ich denn doch wissen, warum es so gar auffallend parador seyn soll, wenn Cartesius behauptet hat (der auf denselben Punkt gekommen war, wie wie hier, uns aber nicht blos etliche Bergspitzen und Höhepunkte und Denkresultate hat sehen lassen, sondern seinen ganzen Denkweg), ich sehe nicht, sage ich, warum es so auffallend seyn soll, daß Cartesius, und alle Philosophen nach ihm, als eine ausgemachte Sache annehmen: „Seyn und Denken ist an sich dasselbe“ und damit meinen sie das ganz prädikatlose einfache Seyn, das nur als eine leere Abstraktion im Denken vorhanden seyn kann; denn außer dem Denken kann gar kein Mensch solche Abstraktionen haben, wie das einfache Seyn, und ähnliche, die aber, wenn sie mit

dem gewöhnlichen Inhalte erfüllt sind, so wie sie in unseren täglichen Gesprächen und Geschäften, in unseren Vorstellungen und Träumen unausgesetzt cursiren, nicht für solche Schattenwesen des reinen Bewußtseyns und höchst einfache Denkfäden angesehen werden. Die Verbindung des Seyns und des Denkens im Bewußtseyn der Menschen ist als philosophischer Satz mir so lange auffallend, als uns die Einsicht entgeht, denn alles, was ich nicht einsehe, ist mir auffallend. Da aber der Verstand unaufhaltsam wächst, so soll nun die Thatsache als unbestritten gelten, daß auch der dümmste Mensch (der Gescheidteste ebenfalls) der Einheit des Seyns und des Denkens im Denken nicht entgehen kann, so wenig, als der Luft, wenn er auch nur ein Bischen denkt oder athmet; denn weniger denken zu wollen als das Seyn, das wird wohl jeder unversucht lassen, wenn er eben so gut eingesehen hat (was noch viel leichter ist, als das eben entwickelte Schwere), daß das Seyn als solches noch so gut wie gar Nichts ist, und daß, wenn man allen Inhalt wegläßt, diese leere Denkform noch gar keine Gedanken, denn das hieße bestimmten Inhalt, enthalten kann. Das reine Seyn denken, Nichts denken, Denken überhaupt (ohne allen Inhalt) wäre also am Ende ganz das Nämliche, und Cartesius hätte Recht und Hegel hätte Recht.

Das Seyn ist gar nicht zu umgehen, denn in allem Daseyn ist es enthalten. Das noch völlig formlose Seyn, das nichts weiter bezeichnet, als die unreflektirte Unmittelbarkeit, ist ein reines Denkelement, und ist als bloßer Ausdruck der reinen abstrakten Identität mit sich eine unmittelbare Einfachheit, so zu sagen ein Gar-Nichts; es ist aber gerade deßhalb, weil es noch gar nicht wirklich ist, als völlig grundloses Substrat alles Denkens, die, wenn man so sagen dürfte, noch formlose Form für alles schlechthin noch Innere und ebenso für alle nur seyende Aeußerlichkeit. Alles ist Seyn, und es giebt gar Nichts, was nicht Seyn wäre(ἓν καὶ πᾶν). Das Seyn als solches, dieses absolute Seyn, denken wir uns getrennt als an sich seyendes Seyn gegenüber dem Seyn nach „Außen" und all den verschiedenen Arten der Aeußerlichkeit des Seyns. Die Bewegung des Seyns, selbst nur ein Moment, wenn auch ein umfangreiches, in der weiten Welt der Gedanken, durchläuft eine fast unabsehbare Reihe von untergeordneten Momenten und Formen und Existenzen, und der großen erscheinenden Seynwelt tritt eine eben so große Welt des „Seyns" nach Innen entgegen, gar nicht wesenlos und gleichgültig, und man weiß nicht, welche von beiden Welten das eigentliche und wesentliche Seyn ist. Dem sinnlichen Menschen ist alles innere Seyn Nichts; unsere Religion schon veranlaßt uns alles äußere Seyn für Nichts zu achten, und wenn die Philosophie gar forderte, alles Seyn als Nichts zu denken, dann hätten wir das Wesen nicht im Seyn zu suchen; und läge vielleicht das Wesen im Denken, dann wäre Denken und Seyn auch verschieden, oder jenes wäre jedenfalls kein äußeres und kein inneres Seyn, denn dies war der Gegensatz, der uns zu dieser Behauptung führte. Schon um zu sehen, ob das Seyn wirklich Denken sei und mithin Wahrheit enthalten könne, wäre es nothwendig, wenigstens die Hauptpartien und Formen der Welt des Seyns einzeln zu untersuchen; und wenn uns das äußere Seyn in's Innere zurückwirft, und beide Welten die Wahrheit vielleicht nicht enthalten, dann wird es die entschiedenste Energie des Denkens erfordern in dem ungeheuersten Widerspruch nicht unterzugehen. Alles äußere Seyn ist ein bezogenes und in Verhältnissen stehendes Seyn, alles innere Seyn ist aber ebenfalls reflektirtes Seyn, und wäre dann nur Spiegel des Aeußern; und wie dem frommen Gemüthe die äußere Welt an der innern ruhig untergeht, dem Zweifelnden beide wanken, und dem sogenannten Atheisten das Innere an der Aeußerlichkeit zerstiebt, so zerfallen vielleicht beide Welten des Seyns vor dem Wesen des Denkens in Nichts. Was dazu gehört habe, zuerst diesen absoluten Standpunkt des Denkens zu gewinnen, und daß er in seiner ganzen Tiefe erfaßt, für Knaben nicht sei, da ja höchst energische aber fromme Männer auf dieser Bildungsstufe nicht mit Unrecht von einer Qual des Denkens reden konnten; um alles dieses ahnen zu lassen, habe ich dieses Wenige hier erwähnt.

Wer aber diese, in ihrer Entwickelung ungeheuersten und die volle Manneskraft erfordernden, Elemente des Denkens auch dem Knaben mit geschickter Hand zu bieten vermöchte, daß er in dem All weiter noch gar nichts sehen würde, als unbedeutende, sich von selbst verstehende Sätze, der würde der jungen Seele geben, was ihr angemessen ist, und jeder der Sätze wäre ein endloser Keim zu Gedanken und Bildung, denn auch die Seele ist ja nur ein Keim der Unendlichkeit, und so käme nur Gleiches zu Gleichem. Wenn dann in dem staunenden Jünglinge sich nach und nach zur Klarheit entwickelte, was schon bei dem Knaben in seiner Grammatik vorbereitet worden und was dem Manne für seine ganze Lebenszeit Haltung und Bestimmtheit und Ordnung zu geben vermag, dann erst wäre im Sinne der Alten Philosophie wieder ins Leben eingeführt, die daraus zu verschwinden auf dem Punkte stand. Nicht jeder würde die ganze Tiefe einer jeden Idee erschöpfen, und die Gefahr vor den Abgründen ist für den Naiven ohnehin nicht vorhanden.

Alle explizirte Dialektik ist nur für den jungen Mann, dem sie aber auch schon darum geboten werden muß, weil denn doch jeder Staat am Ende wenigstens etliche vollkommen durchgebildete Köpfe nöthig haben wird. Die unendliche Bewegung des Seyns wäre für den studirenden Knaben, wie

für das Volk, nur an einigen Punkten sichtbar, alle Formen würden als Bestimmtheiten für ihn dastehen; der Jüngling müßte schon mehr auf den Grund wenigstens des zufälligen Seyns zu gehen suchen, damit sich dem Manne denn doch ein Theil der Gedankenwelt in entschiedenen Bestimmungen klar hingestellt hätte. Es handelt sich jetzt überhaupt nicht mehr darum, ob man das Zweifeln und Denken zulassen wolle, sondern daß man sobald als möglich aus der Unklarheit und Verworrenheit heraus zu wirklichen Früchten gelange, und daß der Gedanke die Wunden des Denkens allein zu heilen im Stande sei und nur das richtige Denken vor dem irrigen Denken bewahren könne, das ist auch gewiß.

Um sich zu überzeugen, daß man weder das Seyn noch das Denken umgehen könne, wenn man überhaupt Gedanken hat, darf man nur für das Umschlagen des Denkens in Seyn Beispiele suchen. Es könnte für den Anfang jedes Haus als Beispiel genommen werden, dessen ganze Anordnung doch vorher als Vorstellung in dem Denken eines Baumeisters vorhanden gewesen seyn muß. Daß alles, was man Wahrheit nennt, immer eine Einheit des Begriffs und des Daseyns enthalte, und also Denken und Seyn bei der Wahrheit gar nicht getrennt werden können, ohne daß die Wahrheit verschwindet, diese scheinbare Unbegreiflichkeit zeigt fast jedes Beispiel, und wenn die reine Selbstbestimmung, die vorzugsweise Denken heißt, und die Unmittelbarkeit, die wir Seyn nennen, offenbar nur ganz zufällig verbunden sind, dann ist auch die Wahrheit oberflächlich. Beispiele, wo die denkende Selbstbestimmung (wir nennen sie Willen) in ein natürliches Daseyn übergeht, sind alle Gesetze, ja alles Thun überhaupt und eine Handlung, wobei das Denken und Seyn nicht wenigstens in irgend einem Punkte als zusammenstoßend gedacht werden müßte, ist gar nicht denkbar. Daß nun das philosophische Denken in unserer Zeit hauptsächlich diesen Punkt wieder hervorzuheben und immer entschieden darauf hinzuweisen veranlaßt ist, kommt nur daher, weil man gerade diese Bedingung alles Erkennens der Wahrheit als etwas Unbegreifliches bei Seite gestellt, und dadurch nicht bloß, z. B. die Beweise vom Daseyn Gottes, die man als unnöthige Metaphysik leicht für entbehrlich halten könnte, sondern auch das Praktische, schon die Idee des Staates, zerrüttet, und überhaupt alle wirkliche Philosophie unmöglich gemacht hatte. Resultate des Denkens bloß zu glauben, d. h. beizubehalten, ohne sie einzusehen, wäre unmöglich und kann einem denkenden Geschöpfe nicht zugemuthet werden, müßte auch dem Nichtwissen in philosophischer Bedeutung völlig gleichgestellt werden. Es ist also höchst wichtig, da man denn doch auf Philosophie nicht ganz verzichten kann, die aus der Erinnerung der Zeit verschwunden gewesene Grundlage und Hauptidee neuerer Philosophie wieder markirt hervorzuheben und damit das Erfassen der ganzen Tiefe dieser Idee vorzubereiten.

Schon alle Bedürfnisse der Menschen, mit ihrer Befriedigung, und alle Arbeit sind, in sofern sie reelles Daseyn haben, ein Seyn für Andere, und das für sich Seyn und für Andere Seyn spielt so vielfältig ineinander hinein, und alle gesellschaftlichen Verhältnisse hängen durch das verschiedenste Seyn so ineinander, daß, weil man es nicht der Mühe werth hält, an einem so unbedeutenden Gedanken seine Einsicht zeigen zu wollen, das, was allenthalben in den verschiedensten Modifikationen vorkommt, das Seyn von den Klugen als unbedeutend übergangen und von den Geschäftigen gar nicht beachtet wird. Das Seyn versteht sich in allen seinen Formen für den Menschen immer von selbst, und nur, wenn es ihm fehlt, vermißt er es, ohne aber sich bewußt zu seyn, daß das, wovon er sonst immer zu reden genöthigt war, jetzt eine Veränderung erlitten haben dürfte. Ganz fehlen, wie er vielleicht glauben könnte, wird das Seyn in seinem Denken niemals, denn Denken und Vernünftigseyn ist ja auch ein Seyn, und zwar das an und für sich nothwendige Seyn des Geistes, und man hat dabei die Idee (der Geist ist selbst ewig vernünftige Idee), daß, um es abstrakt auszudrücken, die Einzelnheit und Allgemeinheit sich entsprechend seyn müssen. Die Vernünftigkeit läge also, wenn man sie völlig in logischer Abstraktion und als möglichst einfachen Denknerven auffassen und definirend in Worte fassen wollte, in der sich durchdringenden Einheit der Allgemeinheit und der Einzelnheit. Hat der Jurist den Gedanken auch nur so leer, wie er dasteht, richtig gefaßt, so wird das Ausfüllen mit vernünftigen Beispielen aus dem vernünftigen Rechte nur ein Gedankenspiel für ihn seyn, das er aber nicht versäumen wird, schon wegen des Vergnügens, eine recht große Menge unwidersprechlich vernünftiger Gesetze vorhanden zu wissen. Das allgemeinste Beispiel für ihn ist das allgemeine Terrain alles Rechts und Unrechts, der Staat selbst und die bürgerliche Gesellschaft. Würde der ganze und letzte Zweck alles Rechts immer nur in den Schutz des Eigenthums und die Sicherheit der persönlichen Freiheit gesetzt, so wäre das nicht vernünftig, weil hiebei wohl das Interesse der Einzelnen als solche ausschließlich berücksichtigt wäre, was aber für durchdachte, d. h. allgemeine, Gesetze schon darum nicht genügend seyn kann, weil es ja das Charakteristische alles Denkens ist, daß es sich immer über die Einzelnheit des Falles zu erheben sucht. Völlig unbestimmte, und somit ganz allgemeine, Gesetze pflegt man aber auch nicht zu den wohl überdachten zu rechnen, und so wäre also der Jurist schon von Hause aus, in Staat und Recht, in einem sich widersprechenden Seyn befangen, daß er durch Denken zu vereinigen die Aufgabe hat. Die Einheit des Seyns und des Denkens, als philosophische Behauptung, kann also für den Juristen nichts auffallendes haben, da all sein Seyn nur Denken ist in Recht und Unrecht.

(Fortsetzung der rechtsphilosophischen Aufsätze folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 34. Karlsruhe den 25. August 1838.

I.

Erläuterung der Landrechtssätze 1952 und 1953. Durch einen verhandelten Rechtsfall über die Verantwortlichkeit der Wirthe und Gastgeber für das Einbringen von Habseligkeiten der Reisenden.

Vermög einer bestandenen Posteinrichtung schickte der Posthalter Dan. Chr. von Altbreisach seinen Postillon A. M. wöchentlich dreimal nach Freiburg mit einer Chaise, um darin sowohl Personen als Effekten hin und her zu transportiren. Der Postillon pflegte jedesmal seine Pferde in dem Stalle des Zähringer Hofes über Mittag einzustellen — während die Chaise vor dem Gasthause auf der s. g. Kaiserstraße stehen blieb — und vor Abend mit seiner Ladung wieder heimzufahren. Als Montags den 28. März 1836, Morgens, der Postillon, wie gewöhnlich, eingekehrt war, brachte er gegen 1 Uhr Mittags mit Hülfe des Postboten R. auf einem Karren zwei Kistchen mit Geld in die Hausflur des Gasthauses und rief den Unterkellner Xav. Sch. mit dem Ersuchen, das rechts an die Hausflur anstoßende Wohn- und Schlafzimmer der Gastwirthin zu öffnen, um dahin das Geld zu verbringen. Die Wirthin war nach Straßburg verreist und hatte die Wirthschaft ihrem Oberkellner anvertraut, die Aufsicht in der Küche aber ihrer Nichte, einem jungen Mädchen, in deren Hände sie auch den Schlüssel zu ihrem Zimmer gab. Der Unterkellner verlangte von der Nichte diesen Schlüssel und öffnete damit die Zimmerthüre, worauf beide obgenannte Postbediente die Kisten hineintrugen und eine über die andere vor dem Ofen auf den Boden stellten. Der Postillon empfahl dem Unterkellner und dem Mädchen auf die Geldkisten wohl acht zu haben und das Zimmer zu verschließen, welch letzteres auch geschehen ist.

Die zwei Geldkisten hatte der Postillon vor dem Mittagessen auf dem Postamt abgelangt; sie waren einander ähnlich, von länglicher Form, aber verschieden an Größe, mit Handhaben versehen, umreift, mit dem großherzoglichen Wappen und der Angabe des Werths auf der Adresse „an das Hauptzollamt Altbreisach“ versehen.

Das größere Kistchen enthielt, laut der Aufschrift, die Summe von 2740 fl. und das kleinere von 2160 fl. in groben Münzsorten. Letzteres ist am Nachmittag aus dem Zimmer, dessen Thüre man nachher unverschlossen fand, entwendet worden, ohne daß man bei der angestellten Visitation und polizeilichen Untersuchung dem Thäter und Besitzer auf die Spur gekommen, und bemerkenswerth ist, daß der Postillon selbst vor der Zeit dieser Entwendung nicht aus dem Hause entfernt gewesen, sondern theils im Gesindezimmer, wo er mit andern Knechten zu Mittag gegessen, theils im Hausflur — wie er selbst sagt — sich aufgehalten hat.

§. 2. Der Posthalter von Breisach verlangte von der Gastwirthin zum Zähringer Hof den Ersatz des entwendeten Geldes, und da sie sich hiezu nicht verstand, belangte er sie gerichtlich.

In der Klage wird vom Anwalt wegen der Legitimation zur Sache vorerst bemerkt, daß solche außer Zweifel sei, weil der Postillon nur als sein Mandatar oder Geschäftsführer gehandelt habe, weil der Gewaltgeber oder Geschäftsherr allein durch die Handlungen des Mandatars, so weit sie sich auf den ihm gewordenen Auftrag beziehen, sowohl berechtigt, als verpflichtet werde.

Die Klage selbst soll ihre rechtliche Begründung in der Vorschrift der L. R. S. 1942 und 1953 finden, wornach Wirthe oder Gastgeber als Aufbewahrer für Alles verantwortlich seien, was ein Reisender, den sie beherbergen, bei ihnen eingebracht habe, und gegen Entwendung solcher eingebrachten Effekten haften müssen, es mögen Dienstboten, Wirthschaftsaufseher oder Fremde den Diebstahl begangen haben — Brauers Erläut. hiezu, Bd. III., p. 683. Die Bitte wurde dahin gestellt: Tagfahrt zur Verhandlung anzuberaumen und zu erkennen: es sei die Beklagte Wittwe R., unter Verfällung in sämmtliche Kosten, schuldig, die Summe von 2160 fl. sammt Zinsen, vom Tage

der Klagzustellung an, den Kläger binnen 4 Wochen zu bezahlen.

§. 3. Der Rechtsanwalt der Beklagten antwortete in der Vernehmlassung auf die Klage, und zwar 1) in Beziehung auf die Thatsachen: Seit dem Zollanschluß seien Geldsendungen nach Breisach bisweilen erfolgt, die Geldkisten jeweils der Beklagten selbst anvertraut und auf ihre Weisung vom Postillon unter die Bettstatt neben ihre eigene Geldkiste gestellt worden. Das Geld habe derselbe niemals früher von der Post, als etwa eine Stunde vor dem Abfahren, erhoben. Von diesem Verfahren sei — nach der eigenen Geschichtserzählung des Klägers — am 28. März, gerade an dem Tage, wo Beklagte abwesend gewesen, auffallend abgewichen worden und merkwürdig zumal, daß dieser Tag der letzte gewesen, an welchem der Postillon mit dem Wagen des Klägers hieher gefahren, da bald hernach eine tägliche Postverbindung von hier nach Münzingen und von da nach Breisach eingerichtet worden sei. Schon um die Mittagszeit, also zu einer in Rücksicht der Amtsstunden des großherzogl. Postamts ungewöhnlichen Stunde, solle das Geld in das Haus der Beklagten gebracht worden seyn, während der Postillon selten vor 4 Uhr abfuhr. Auch wolle derselbe das Geld nicht, wie gewöhnlich, unter die Bettstatt, sondern vor den Ofen gestellt haben; endlich wolle er nicht den Substituten der Beklagten, ihren Oberkellner, um Aufbewahrung des Geldes angegangen haben. Es wurde mit Nichtwissen beantwortet, daß der Postillon eine Kiste mit Geld, im Betrage von 2160 fl., in das Haus eingebracht habe, und widersprochen, daß er diese Kiste nicht selbst wieder herausgenommen und auf seinen Wagen geladen habe.

II. In rechtlicher Beziehung erscheine die Klage auf zureichende Weise nicht begründet. Die Verbindlichkeiten, welche die Gesetze den Wirthen oder Gastgebern zum Vortheile der von ihnen beherbergten Reisenden auferlegen, seien ganz spezieller Art, sie treten in andern Fällen nicht ein. Die Anwendung der Gesetze setze voraus, 1) daß ein Wirth als Aufbewahrer in Anspruch genommen worden, Kläger könne aber selbst nicht behaupten, daß die Beklagte oder der von ihr substituirte Oberkellner ersucht worden, das Geld in Empfang zu nehmen und daß die Eine oder der Andere hierzu eingewilligt habe. Die übrigen Dienstboten hatten kein Dispositionsrecht über den Gasthof und am allerwenigsten über das eigene Zimmer der beklagten Wittwe; wenn daher der Postillon sich das Zimmer von einer Kellnerin habe aufschließen lassen und wenn er für gut gefunden, die Kiste an den Ofen zu stellen, so habe er dieß eigenmächtig und auf seine Gefahr gethan, denn es sei die Beklagte nicht für den Mißbrauch verantwortlich, den man ohne ihr Wissen und in ihrer Abwesenheit, oder ohne ihres Oberkellners Genehmigung mit ihren Dienstboten in ihrem Hause treibe. 2) Eine andere Voraussetzung bestehe darin, daß ein Reisender, der in dem Gasthofe als solcher logire, eine fahrende Habe eingebracht habe. Der Postillon sei aber als Reisender nicht anzusehen, auch nicht in dem Gasthofe der Beklagten als Reisender beherbergt worden. 3) Nach L. R. S. 1953 haften die Wirthe nur für die Entwendung der Habseligkeiten des Reisenden, Kläger habe aber nicht behauptet, daß das eingebrachte Geld zu den Habseligkeiten des Postillons gehört habe. Ueber die Auslegung und Anwendung des L. R. S. 1953 wurde eine Entscheidung des Tribunals erster Instanz in Paris in der Gazette des Tribunaux vom 21. Juli 1836, Nr. 3383, angeführt.

III. Der Klage wurde die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache des Klägers entgegen gesetzt. Der Kläger gebe an, daß das Geld nicht ihm, sondern der Staatskasse gehört habe. Er habe unmittelbar keinen Schaden gelitten, daher auch keine Schadensersatzklage. Er wolle mittelbar einen solchen erleiden, weil er der Postkasse Freiburg den Betrag ersetzen müsse. Worauf diese Verbindlichkeit sich gründe, sei gar nicht angegeben, denn dadurch allein könne er sie nicht begründen, daß er sage, er habe nach L. R. S. 1384 für seinen Postknecht zu haften, es wäre dann, daß er zugebe, daß sein Postknecht den Verlust verschuldet habe; allein in diesem Falle könne Beklagte nicht ersatzweise für den Schaden einstehn, denn es erscheine nun die Einrede des eigenen Verschuldens des Klägers begründet. Sie stütze sich in faktischer Hinsicht auf die eigene Geschichtserzählung des Klägers, woraus hervorgehe, daß der Postknecht mit großem Leichtsinn zu Werke gegangen, indem er, ohne dem Oberkellner ein Wort zu sagen, und ihn zu fragen, das Geld zur ungewöhnlichen Zeit und auf eine eben so ungewöhnliche Weise in das erste an die Hausflur anstoßende Zimmer nach eigener Wahl einbrachte. In rechtlicher Beziehung stütze diese Einrede sich auf L. R. S. 1148 a.

§. 4. Kläger erwiederte in der Replik: Klaggrund sei die Thatsache des Einbringens, Einrede die Thatsache des Zurückempfangs oder der Zurücknahme. Diese habe Beklagte zu beweisen. Das Gesetz sage nicht, der Gastwirth hafte für das Eingebrachte, wenn es ihm zum aufbewahren übergeben worden, sonst würde das Gesetz nicht nur nichts besonderes, sondern auch etwas überflüßiges sagen. Es sage vielmehr: der Gastwirth hafte für alles Eingebrachte, als wenn es ihm zum aufbewahren übergeben wäre, gleich einem Aufbewahrer — comme depositaire — oder, wie Brauer sage — sie haften für das Einbringen als Hinterlegung. Es genüge

somit an der Thatsache des Einbringens, um die Verantwortlichkeit des Wirths zu begründen.

Reisende seien solche Personen, die anderwärts zu Hause und durch ihre örtliche Verhältnisse genöthigt seien, fremde Herberge zu suchen, im Gegensatz von solchen, welche entweder zur Miethe wohnen, also beständige Hausgenossen sind, oder von andern Ortseinwohnern, die nur zum Essen oder Trinken ab- und zugehen, Brauer, III. Bd., p. 683, lit. b, c, f; Zachariä, 2. Bd., §. 406. Daher sei der Postillon als Reisender anzusehen.

Die Gastwirthe haften allgemein für Alles, was eingebracht worden, ohne Unterschied, worin es bestehe und wem es gehöre; daher stimme S. 1952 auch mit den allgemeinen, von jedem Hinterlegungsvertrag geltenden, Vorschriften überein, S. 1937, 1938 und 1944.

Die Einrede des eigenen Verschuldens des Klägers sei unstatthaft; sie mache das Einbringen des Gasts zum eigenen Verschulden und stehe daher mit S. 1952 in Widerspruch. Auch der faktische Inhalt der Einrede sei nach den Vorgängen unrichtig.

In der Rechtsausführung sagte Kläger noch: Bei Auslegung und Anwendung des Art. 1952 stehen der französische und badische Rechtsgelehrte auf einem verschiedenen Rechtsboden; der Gegenstand ihrer Prüfung und Entscheidung seien zwei verschiedene und von einander abweichende Gesetze. In Frankreich könne und müsse die Frage aufgeworfen werden: welche Gegenstände unter den Begriff von „effets“ gebracht werden können? Darüber walteten verschiedene Ansichten ob, die Frage gehöre mithin unter die controversen. Diese Controverse sei im badischen L. R. abgeschnitten, indem es daselbst heiße: „Wirthe rc. für Alles rc. Die Verschiedenheit beider Gesetzesstellen sei einleuchtend. Der Ausdruck: „effets“ sei ein beschränkter Begriff, nur gewisse Gegenstände könnten darunter passen, andere müßten nothwendig davon ausgeschlossen seyn, weil der Begriff nicht erschöpfend sei. Der Ausdruck: „Alles“ aber lasse keine Ausnahme zu, er umfasse, was überhaupt Gegenstand oder Theil eines Vermögens seyn könne. Die Frage: was unter dem Ausdruck: „effets“ zu verstehen sei? sei daher für den badischen Juristen ohne praktischen Werth. Unser Fall sei von jenem, den der französische Gerichtshof entschieden habe, sehr verschieden. Bei Betrachtung des unsrigen ergebe sich a) daß der Reisende ein solcher war, dessen Beruf und Geschäft es mit sich brachte, daß er stets werthvolle Effekten und beträchtliche Geldsummen in den Gasthof einbrachte und daselbst bis zu seiner Abreise deponirte; b) daß die Beklagte dieß wußte, daß der Reisende unter diesen Verhältnissen stets seine Einkehr bei ihr hatte; daß sie eingestanden, daß schon oft Geldkisten, welche der Postknecht eingebracht, in ihrem Schlafzimmer verwahrt worden; c) daß bei Abwesenheit der Wirthin ihre Mandatarin die Geldkiste aufgenommen und zwar in dasselbe Zimmer, wohin man sonst dieselbe zu bringen pflegte, daß sie von dem Inhalte der Kiste Kenntniß erhielt und zur Achtsamkeit sogar aufgefordert wurde.

§. 5. Dagegen wurde Beklagter Seits bemerkt: Die Worte des L. R. S. 1952 enthalten eine Uebersetzung des französischen Textes „les aubergistes“ rc. Diese Bestimmung habe der Uebersetzer des Code civil, der Verfasser unsers Landrechts, weder ändern wollen, noch wirklich geändert, denn das Wort: „Alles“ beziehe sich auf das Wort: „Reisender“, nämlich Alles, was dieser als solcher einbringe. Der Code civil wollte durch diese Bestimmung das alte französische Recht weder ändern, noch den Wirthen eine größere Verantwortlichkeit auferlegen, als sie vermög ihres Gewerbes und ihrer Verhältnisse zu den Reisenden vernünftiger Weise freiwillig übernehmen würden.

Sowohl nach der alten französischen Jurisprudenz, wie nach den gleichförmig neuen Entscheidungen mehrerer französischer Gerichtshöfe seien unter „effets apportes“ nicht verstanden: Geld in größerer Quantität und andere kostbare Gegenstände, welche der Reisende nicht als solcher, d. h. nicht zum Behuf des Reiseaufwandes, eingebracht habe.

Beurtheilung.

§. 6. Die Quelle des Code civil in dieser Materie, so wie überhaupt in der Lehre von den Verträgen, ist das Römische Recht. Die Bestimmungen über die Verbindlichkeit der Wirthe, Schiffs- und Stalleigenthümer gegen ihre Gäste sind in dem IV. Buche, IX. Titel der Pandekten enthalten, worin das Edikt des Prätors kurz und kathegorisch ausspricht: *„Nautæ, caupones et „stabularii, quod cujusque salvum fore rece- „perint, nisi restituent, in eos judicium dabo.“* Gleich darauf wird der Beweggrund dieses Gesetzes angeführt. Es standen nämlich die genannten drei Gattungen von Gewerbsleuten damals bei den Römern im schlechtesten Rufe und wurden gewöhnlich für Betrüger und Diebshehler gehalten — „et nisi hoc esset statutum, materia daretur, cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus“. — Darum sagt Berger in oecon. jur. lib. III., tit. VI. obs. 8, daß der Titel der Pandekten: „nautae, caupones et stabularii titulus *vulgo de tribus nebulonibus*“ genannt werde. Indem das Edikt Begriffsbestimmungen der drei Gewerbsarten gibt, setzt es — was hier wohl zu merken — hinzu: *„Nauta, caupo et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodia, sed nauta ut trajiciat vectores,*

caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat, jumenta apud eum stabulari.“ Der Prätor unterstellte ausdrücklich, daß der Wirth für die Gestattung des Aufenthalts in seinem Hause von seinem Gaste sich einen Lohn bezahlen läßt; da nun heut zu Tage die Wirthe in der Regel nur dann von ihren Gästen ein Logisgeld fordern, wenn sie denselben für die Aufnahme und den Aufenthalt ihrer Person oder ihrer Sachen ein besonderes oder mehrere Zimmer mit Uebergabe des Schlüssels eingeräumt haben, andernfalls die Rechnung der Wirthe sich auf die Zehrung zu beschränken hat, so ist meines Erachtens die Strenge des Edikts auf Fälle, wie der vorliegende, nicht anwendbar, wo der Postknecht für seine Person und Sachen keinen besondern Aufenthaltsort gegen Bezahlung eines Zimmergelds angewiesen erhalten hat; er ist daher auch im Sinne des Edikts nicht als *viator* (Reisender), der im Zähringer Hofe beherbergt worden seyn soll, anzusehen.

Durch das Einstellen seiner Pferde in den Wirthsstall ist er mit der Wirthin nur in ihrer Eigenschaft als Eigenthümerin und Wirthin des Stalls — stabularia — in Verhältniß getreten — „ut permittat, jumenta stabulari, mercedem accipit“. — Dieß Verhältniß zwischen der Stallwirthin und dem Stallgast kann nicht über seinen Gegenstand hinaus, daher die Verantwortlichkeit der erstern nicht weiter als auf die eingestellten Pferde mit etwaigem Geschirr erstreckt werden. Was in das Gasthaus selbst gebracht wird, geht die *stabularie* als solche nichts an, sondern nur die Gastwirthin, diese hat aber — wie oben erwähnt — den Postillon nicht als Reisender im Sinne des Edikts beherbergt, daher auch in dieser Beziehung keine Verbindlichkeit ex recepto gegen ihn übernommen.

Es will zwar gegen diese hier bemerkte Unterscheidung die Note in Zachariäs Handbuch, §. 406 angeführt werden, wornach schon derjenige als Reisender gelten soll, welcher bloß seine Pferde in dem Gasthof eingestellt hat. Es ist jedoch eine offenbare Begriffsverwechslung. Zachariä führt in der Note zuerst Fälle an, auf welche der Art. 1952 keine Anwendung hat und sagt dann im Gegentheil, daß der Artikel wohl anzuwenden sei, wenn Reisende bloß ihre Pferde in einem Gasthofe eingestellt oder bei ihrer Abreise Sachen vergessen haben. Damit will und kann Zachariä nicht sagen: durch das Einstellen der Pferde gilt Einer als Reisender, sondern der Artikel ist auf diesen Fall anwendbar, nämlich durch das Einstellen der Pferde in den Gaststall ist deren Reception vorhanden, folglich auch die Verantwortlichkeit des stabularius für das, was eingestellt worden, d. i. für die Pferde und was etwa noch mit diesen als Zubehör in den Stall verbracht worden. Uebrigens wäre diese Note bei Zachariä besser weggeblieben, weil sie zu Begriffsverwechslung Anlaß gibt.

§. 7. Heut zu Tage werden die Wirthsleute in der Regel nicht mehr zur Hefe des Volks, oder gar zu den nebulones gezählt werden können, vielmehr die Inhaber der Gasthöfe der gebildetern und angesehenern Bürgerklasse angehören; es fällt daher bei unserer Gesetzgebung der Haß des Prätors als Motiv zur Strenge gegen die Wirthe weg, gleichwohl gestattet sie (das gemeine Recht in Deutschland nämlich) zweierlei Klagen aus dem Edikt des Prätors, *ex quasi contractu* und *ex quasi delicto*, je nachdem ersteres oder letzteres Faktum in concreto unterstellt wird. Man nimmt an, daß der Wirth durch die Aufnahme des Gasts und seiner Effekten stillschweigend in die Verbindlichkeit zur Restitution der letztern an den Gast eingewilligt habe, s. Thibaut Pand. System, §. 912, Weber nat. Verbindl., §. 27, Hugo Civil. Mag. und Andere. Lauterbach in Coll. th. pract. unterstellt mit den meisten ältern Rechtsgelehrten einen consensum *praesumtum* (a jure) und daher ex facto receptionis als causa efficiens proxima einen *quasi* contract, welcher im wesentlichen mit dem Contract ex consensu *tacito* gleiche Bedeutung und Wirkung hat. Aus diesem thatsächlichen Verhältnisse wird die eigentliche Actio *de recepto* abgeleitet, vermög welcher alle in das Gasthaus eingebrachte Sachen, von welcher Art sie seyn mögen, in sofern sie nicht unversehrt restituirt worden sind, zurück verlangt werden dürfen — „objectum hujus actionis sunt res cujuscunque qualitatis a nautis, cauponibus et stabulariis receptae, salvae autem non restitutae, nec interest, principales sint, an accessoriae, item inferentis proepriae, num alienae; modo illas salvas esse intersit, L. 1 pr. et §. 6, L. 4, §. 2, L. 1, §. 7, hoc. tit.

Die andere Klage, welche der Prätor gibt, ist die *actio in factum*, quae competit vectoribus et hospitibus *ob furtum* et *damnum* ipsis in navi, caupona vel stabulo *factum ab illis, qui ibi habitandi, vel operarum praestandarum gratia sunt, contra exercitores* ex *quasi delicto*, L. penult. et ult. ff. h. t. „eos namque primum statim explorare oportet, cujus fidei vel innocentiae sint, quos habitandi, vel operarum praestandarum causa in navem vel cauponam recipiunt, aliquatenus autem culpae reus est, qui opera malorum hominum utitur, nam omnium illorum factum praestat, quos recepisse censetur. *Lauterbach*, lib. IV, tit. IX., §. XXV.

§. 8. Das französische Civilrecht (der Code Napoleon) hat die Bestimmungen über die Haftbarkeit der

Wirthe und Gastgeber für das Einbringen ihrer Gäste im Titel vom Hinterlegungsvertrag und Sequester, und zwar im Abschnitt von der nothwendigen Hinterlegung aufgenommen. Es sind die Artikel 1952 und 1953, welche die deßfallsigen Bestimmungen enthalten. Der erste sagt: „Les aubergistes au hôteliers sont responsables comme depositaires des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux; le depot de ces sortes d'effets doit etre regardé comme un *dèpôt nècessaire.*“ Der andere lautet also: „Ils sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des etraugèrs allant et venant dans l'hôtellerie.“ Vorerst ist wohl zu merken, daß in den Berathungen der Gesetzgebungsversammlungen zwar die Nothwendigkeit des Art. 1952 für die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Reisenden anerkannt — aber zugleich, unter Rückweisung auf Art. 1348, dem Richter in der Anwendung empfohlen worden, auf die Eigenschaften der Personen und auf die Umstände zu sehen, besonders in solchen Fällen, wo die Sachen des Reisenden nicht der Person des Wirths selbst übergeben worden sind, daher auch die frühere Redaktion des Artikels, welche die Wirthe ohne alle Einschränkung verantwortlich erklärte, für zu streng gehalten und gestrichen wurde. *Il est laissè a la prudence du juge de decider dans quels cas l'aubergiste devient responsable* quand la chose n'a pas été remise a sa garde personelle. C'est ce qui resulte de la suppression d'un article qui declarait l'aubergiste indeffiniment responsable dans cette hypothese. — Le depot de ces sortes d'effets devant etre régardé comme un depot necessaire, il a paru beaucoup trop rigoureux d'assujettir les aubergistes au hôteliers, sans distinguer aucune circonstance, et sans excepter aucun cas a la responsabilité de tout ce qu'un voyageur aurait apporté chez eux — et comme il est impossible, que la loi prévoie ces différens cas, elle doit se contenter d'etablir le principe général, et doit laisser le reste a l'arbitrage du juge.“ — *Locrè* tome XV., pag. 94 et 95, 117 und 118.

Merlin im repert. terne v. p. 745 spricht, nach Aufzählung einer Menge von Fällen, welche zur gerichtlichen Unterhandlung und Entscheidung kamen, gleiche Meinung aus: „Il resulte des differentes decisions qu'on vient de rapporter, que les juges se *determineront communement par les circonstances dans les affaires de la nature de celles dont il s'agit.*“

Ueberdieß kann man es als konstante Praxis der französischen Gerichtshöfe ansehen, daß unter „*effets du voyageur*“ Gelder und Waaren von bedeutendem Werthe, die nicht zu den Bedürfnissen des Reisenden gehören, so wie auch Pretiosen nicht zu verstehen sind, und daß auf solche die Verantwortlichkeit, welche das Gesetz den Wirthen auflegt, sich nicht erstreckt, wenn sie ihnen nicht selbst deklarirt und zur Aufbewahrung übergeben werden sind.

Toullier im droit civil. tome XI., p. 377 et su. führt Urtheile der Gerichtshöfe von Brüssel und Paris vom 28. April 1810 und beziehungsweise 2. April 1811 an, wodurch die Kläger mit ihren Ersatzforderungen an die verschiedenen Beklagten, vermög dieser Doktrin, abgewiesen worden sind. Toullier bemerkt zu diesen Erkenntnissen unter anderm: „Cette decision est conforme a la justice, parcequ'en effet les especes d'or et d'argent exigent à raison du peril un plus grand soin, une plus grande surveillance pour leur garde. — Cette decision est sage. Il est certain, qu'en jugeant par induction et analogie de l'article 1785, *que l'haubergiste* ne *repond pas des sommes, que le voyageur n'a point declarés* et *qu'il apporte dans l'auberge sans en donner connoissance au maitre*, les juges ne contreviennent a aucune loi, et ne font que suivre la raison naturelle.“

Das neueste bekannte Urtheil in gleichem Sinne enthält die gazette des Tribunaux vom 21. Juli 1838, Nr. 3383, welches das Tribunal erster Instanz in Paris gefällt hat und dessen Entscheidungsgründe also lauten: „Attendu qu'il resulte des termes de l'article 1952 du code civil que les aubergistes et les hôteliers sont responsables des effets apportés pas les voyageurs qui logent chez eux; que cette responsabilité ne peut s'etendre qu'aux effets, que les voyageurs portent avec eux *pour* la *necessité du voyage;* que cette responsabilité ne peut être illimitée et garantir toutes les valeurs qu'il plairait aux voyageurs de porter avec eux; que d'ailleurs elle doit etre réstreinte dans les termes ou raisonnablement on peut croire que les aubergistes consentiraient a l'accepter; que si les voyageurs sont porteurs de valeurs considerables ils doivent en prevenir l'aubergiste pour savoir s'il en accepte la responsabilité, et, dans ce cas, pour le mettre a meme, d'augmenter sa surveillance; attendu dans l'espece qu'il n'est pas même allegué que B. et F. aient informé la femme D. de valeurs dout ils demandent le remboursement — qu'elles sont trop considerables pour être regardées comme faisant partie de

bagages et effets des voyageurs dont la Dame D. aurait accepté la responsabilité, que ces valeurs telles quelles sont articulées dans la demande ne rentrent pas dans les termes de l'article 1952 du Code civil, mais attendu que le Tribunal a des documens suffisans pour apprecier dans la cause la somme necessaire aux demandeurs et qui peuvent être considerée comme faisant parti de leur bagage, aurait engagé la responsabilité de l'aubergiste. Le Tribunal fixe à 500 francs la somme due par la Dame D. aux demandeurs — etc."

Dagegen hat der klägerische Anwalt unsers Falles sich auf ein früheres Urtheil des Handelsgerichts in Paris aus der Gazette des Tribunaux vom 8 Aug. 1835, Nr. 311 berufen, wodurch der beklagte Wirth für den Verlust der Waaren, welche einem beherbergten Kaufmann aus Basel in seinem Zimmer aus der erbrochenenen Kommode entwendet worden sind, zum Ersatz des Werths von 420 Franken verfällt worden ist. Allein! auch bei diesem Urtheil gingen die Richter von dem nämlichen Prinzip aus, daß Gelder oder Waaren von bedeutendem Werthe einer ausdrücklichen Erklärung und Empfehlung zur Aufsicht an den Wirth selbst bedürfen, um diesen für die Sicherheit derselben verantwortlich zu machen, denn der Wirth ist zum Ersatz des abgeschätzten Werths von 420 Fr. verfällt worden, weil man solchen für einen geringen Gegenstand angesehen hat. Dieß wird ausdrücklich in den Entscheidungsgründen also gesagt: „Attendu que la *modicité du prix* des objets soustraits — que les objets, dont il sagit au proces, *ne rentrent pas dans la cathegorie deceux, qui reclament indispensablement ces soins*; qu'ils doivent être considérés comme ceux dont le depot est necessaire." — Im Einklang mit diesen Entscheidungsgründen ist auch vom Einsender in die Gazette die Frage voraus aufgestellt und bejahend beantwortet, daß bei Waaren von Belang, bei Kostbarkeiten eine Haftbarkeit der Wirthe nur in so fern gegründet sei, als die Wirthe davon zuvor in Kenntniß gesetzt worden.

Gleiche Ansicht spricht Pailliet im Manuel de droit fr., p. 597 aus.

Pothier in seinem Traité du depot Nr. 79 spricht diese Ansicht bestimmter noch dahin aus: „que le depot dont nait la responsabilité de l'haubergiste ou hôtelier n'est pas censé intervenu par cela seul que le voyageur a apporté ses effets dans l'auberge en vu et su de l'haubergiste, *s'il ne les lui a pas expressement donné a garde*."

§. 9 Unser vaterländisches Civilrecht besteht bekanntlich (und leider!) seit dem Jahr 1810 in einer Uebersetzung des Code Napoleon mit Zusätzen über Rechtsmaterien, welche der französischen Gesetzbung fremd, oder ihrer Verfassung zuwider und abgeschafft sind. Der Uebersetzer und Commentator St. R. Brauer hat im III. Bde., S. 683 u. f. über die Sätze 1952 — 1954 mit der Ueberschrift: „Herbergshinterlegung" folgende Erläuterung gegeben:

„Obige wenige Sätze bringen das Verhältniß der Wirthe zu den eingebrachten Habseligkeiten der Gäste, dem die Römer eine eigene Vertragsform unter dem Titel: de receptis, gewidmet hatten, unter die allgemeine Klasse der nothgedrungen hinterlegten Güter, und geben damit in Kürze zureichende Entscheidungssätze für dieses Verhältniß. Folgende Regeln gehen daraus hervor: a) nur Wirthe oder Gastgeber, nämlich Personen, welche von Aufnahme der Reisenden ein Gewerbe machen, fallen unter diese strengere Verantwortlichkeit; — b) nur Reisende, nämlich solche Personen, welche anderwärts zu Hause, und durch ihre örtliche Verhältnisse genöthig sind, fremde Herberge zu suchen, haben diese Befugniß anzusprechen; — c) der Reisende, der darauf Ansprache machen will, den müssen sie beherbergen, d. h. er muß von den Wirthen oder den Ihrigen zur Herberge eingenommen seyn; d) sie haften für das Einbringen als Hinterlegung, dem Wirth oder den Seinigen muß also bekannt worden seyn, daß Habseligkeiten eingebracht worden seien, anders als Zachariä, B. 1, §. 228, Anm. 1, die Sache ansieht; — e) sie haften für Entwendung und Beschädigung. — Ob übrigens f) ein Reisender ganz, d. h. selbst mit allen zugehörigen Habseligkeiten, oder nur zum Theil, z. B. nur sein Wagen und Pferde, nur seine Habseligkeiten beherbergt werden, darin unterscheidet das Gesetz nicht; wer Herbergerecht übt, muß für das, was er in Herberge nimmt, haften."

a) Mit dieser Erläuterung des bad. Commentators scheint mir freilich für die Entscheidung unsers Falles nicht viel Aufklärung gewonnen, denn Brauer äußert sich weder darüber, was er unter „zugehörigen Habseligkeiten" versteht, noch gibt er eine Begriffsbestimmung über „beherbergen, oder zur Herberge einnehmen" *). Auch kann die Trennung, welche Brauer bei der Beherbung der Person des Reisenden von jener seiner

*) Doch ist aus seiner letzten Bemerkung:
„Endlich e) der Wirth haftet nicht, wenn der Reisende durch seine Schuld zu der Beschädigung Anlaß gab, z. B. wenn er Zimmer und Kommoden, zu welchen ihm die Schlüssel eingehändigt waren, bei dem Ausgehen sorglos offen stehen ließe"
leicht zu erkennen, daß er unter „Beherbergen" die wirkliche Einräumung eines Logis für den Gast mit Uebergabe des Schlüssels versteht.

Habseligkeiten, oder dieser letztern von der Person zuläßt, nach dem Worte und Geiste des Gesetzes nicht richtig seyn, denn wird der Reisende selbst nicht beherbergt, sondern seine Habseligkeiten werden nur in den Gasthof gebracht, so kann dieß Einbringen nur mit dem Willen des Wirths geschehen, und daher nur als ein *depositum voluntarium* betrachtet werden. Das römische Recht — das Edikt des Prätors, welches auch Br. als Quelle angeführt hat — unterstellt nothwendig, daß die Person des Reisenden beherbergt werde, ehe und bevor von einem *receptum* und von einer Verantwortlichkeit des Wirths für das Eingebrachte die Rede seyn kann. Es versteht ferner unter beherbergen die Aufnahme des Reisenden in die Wohnung gegen Bezahlung eines Quartiergeldes, was durch Anweisung eines besondern, angemessenen Aufenthalts, mit Uebergabe des Schlüssels, für seine Person sowohl als seine Effekten geschieht — *mercedem accipiunt* — caupo, ut viatores manere in caupona patiatur. — Darum wird für die Aufbewahrung der Sachen nichts bezahlt — *non pro custodia.* — Wendet man diese aus der Urquelle des Gesetzes hervorgehende Bestimmung auf unsern Fall an, so kann man nicht sagen, daß der Postillon von Breisach für seine Person im Zähringer Hofe beherbergt worden, denn er hat nur, wie gewöhnlich, seine Pferde über Mittag in den Stall gestellt, dadurch aber nur seine Pferde in Herberge gegeben, dagegen für sich selbst und andere Gegenstände, als die Pferde, hat er keine besondere Wohnung genommen, sondern theils bei den Pferden und im Hof, oder bei den Knechten sich aufgehalten und mit diesen zu Mittag gegessen. Durch diese Handlungen aber ist er so wenig ein beherbergter Reisender, als irgend ein anderer Stall- und Tischgenosse der Hausknechte geworden, vielmehr ist derselbe nur als ein solcher anzusehen, welcher die Bestimmung hatte, Reisende und Gepäck in seinen Wagen aufzunehmen und weiter zu bringen.

Es fehlt demnach an der ersten und wesentlichen Bedingung zur Anwendung des Gesetzes gegen die beklagte Wirthin, nämlich an der Beherbergung eines Reisenden.

b) Will man auch von diesem Mangel der ersten Bedingung der Verantwortlichkeit der Gastwirthin absehen, oder im Gegentheil die Meinung haben, daß der Postillon als ein Reisender wirklich beherbergt worden sei, so fehlt es doch an der andern wesentlichen Bedingung, an dem Einbringen, an der Reception von Habseligkeiten des Reisenden. Der Postillon ist bekanntlich nur mit seinen Pferden eingekehrt. Durch die Einstellung der Pferde in den Stall ist er mit der Wirthin, in ihrer Eigenschaft als Stallinhaberin, einen stillschweigenden Vertrag eingegangen, vermög welchem letztere für die Pferde mit etwaigem Zugehör haftbar geworden ist. Auf etwas weiteres, außer dem Stalle, kann diese Verbindlichkeit, wie oben gezeigt worden, nicht ausgedehnt werden. Weitere Habseligkeiten (Effekten — effets, worunter dasjenige zu verstehen, was Jemand wirklich, in der That hat oder bei sich führt), insbesondere zum Aufbewahren im Gasthaus selbst, hat der Postillon nicht gehabt, also auch nicht eingebracht. Die beiden Geldkisten, welche später der Postillon und Briefträger R. auf einem Wägelein in die Hausflur des Zähringer Hofs geführt und in dem Schlafzimmer der abwesenden Wirthin abgestellt haben, können keineswegs als ein Einbringen von Habseligkeiten des Reisenden angesehen werden, denn wenn man auch von der Doktrin und Praxis der französischen Rechtsgelehrten und Richter Umgang nehmen will, wornach bedeutende Geldsummen, oder Kostbarkeiten, welche der Reisende mit sich führt, nicht als *effets du voyageur*, worauf die Verantwortlichkeit der Wirthe sich erstreckt, zu beurtheilen sind, so unterstellt doch das Gesetz die Thatsache, daß der Reisende die Gegenstände der Haftbarkeit für den Wirth mit sich gebracht und bei seiner Aufnahme in die Herberge wirklich eingebracht, oder dem Wirth in Verwahrung gegeben habe. Dieß ist aber — wie gesagt — hier der Fall nicht, sondern die Geldkisten wurden später von der Post gebracht und in dem Schlafzimmer der abwesenden Wirthin nieder gestellt.

c) Das Gesetz hat das Einbringen der Reisenden in das Gastwirthshaus unter der Rubrik von nothgedrungener Hinterlegung andern Nothfällen beigezählt. Der Grund ist einleuchtend und liegt in der Natur der Sache oder Umstände, daß der Reisende in jenem Hause seine Habseligkeiten unterbringt, in welchem er selbst auch beherbergt wird. Er muß sich also auf die Treue des Wirths und seiner Angehörigen verlassen können. Wie ganz anders ist unser Fall? Wie kann die eigenmächtige Handlung des Postillons und eines Briefträgers in die Kathegorie von nothgedrungenee Hinterlegung gesetzt werden, da sie zwei Geldkisten von so großer Summe, welche durch die Postanstalt von Karlsruhe an das großherzogliche Hauptzollamt zu verbringen waren, von dem vorgeschriebenen Wege abweichend — in ein Zimmer des Wirthshauses schleppten und ihrem Schicksale überließen. Es war durchaus keine Nothwendigkeit für den Postillion vorhanden, dieses zu thun, sondern es war für die Aufbewahrung und den Transport der ihm anvertrauten Sachen sein Wagen bestimmt, der vor dem Gasthause auf

der großen und breiten s. g. Kaiserstraße stand und aus welchem eine Entwendung der Geldkisten, zumal bei hellem Tage, nicht zu befürchten stand. Fehlte etwa dem Wagen eine beschlüßige Kiste zur Aufbewahrung der Effekten — wie verlauten will — so war dieß eine Schuld des Postillons selbst oder seines Meisters, wofür sie selbst haften und büßen müssen. Verständiger und zweckmäßiger aber wäre es noch gewesen, wenn der Postillon erst zur Zeit, als er seine Rückfahrt nach Haus machen wollte, die Geldkisten unmittelbar von der Post in seinem Wagen geladen hätte — eine Verfahrungsweise, wie sie seit jenem Verluste der einen Geldkiste beobachtet wird.

d) Wie bereits oben ad §. 7 ausgeführt worden — unterstellt das Gesetz eine stillschweigende Einwilligung des Wirths in seine Haftbarkeit für die Habseligkeiten des Reisenden, indem er diesen mit seinen Sachen in Herberge nimmt. Es kommt jedoch im einzelnen Falle darauf an, ob bei den obwaltenden besondern Umständen eine Einwilligung des Wirths zu einer solchen Verantwortlichkeit nicht unwahrscheinlich ist und vernünftiger Weise nicht angenommen werden kann. Die Wirthin war bekanntlich nach Straßburg verreist. Dem Oberkellner hatte sie mit dem Hauptschlüssel die Wirthschaft anvertraut, ihrer Nichte die Aufsicht in der Küche und den Schlüssel zu ihrem Schlafzimmer.

Dieses Zimmer war natürlich — was kaum bemerkt zu werden braucht — zur Beherbergung von Fremden und Verwahrung ihrer Effekten nicht bestimmt. Gleichwohl ließ der Postillon, ohne sich an den Oberkellner zu wenden, das Schlafzimmer der abwesenden Wirthin öffnen, worin er mit Hülfe des Briefboten die Geldkisten nieder stellte. Alle diese Umstände, mit jenen oben ad c erwogenen, sind von der Art, daß man daraus keine Einwilligung der Wirthin zur Hinterlegung und ihrer Verantwortlichkeit für diese Geldkisten herleiten kann, sondern vielmehr das Gegentheil anzunehmen ist. Es hat zwar das Ansehen, daß eben aus der Ursache, weil die Wirthin dem Postillon schon früher einige Mal Pakete in ihrem Schlafzimmer verwahrt hat, der Postillon auch in vorliegendem Falle den nämlichen Aufbewahrungsort gewählt habe; allein aus den einzelnen Handlungen der anwesenden Wirthin läßt sich keine Folgerung auf ihre Zustimmung zu solchen für die Zukunft und sogar in ihrer Abwesenheit ziehen. Durch die Verwahrung von Sachen, welche sie dem Postillion einige Mal in ihrem Schlafzimmer gewährte, hat sie jedesmal eine freiwillige Hinterlegung eingegangen und sie hat sich nur für den einzelnen Fall verbindlich gemacht. Sie mochte solche ohne Bedenken übernehmen, weil sie selbst die hinterlegten Sachen neben den ihrigen verwahrte und mit ihren eigenen Augen für ihre Sicherheit wachen konnte. Ganz anders ist das Verhältniß in ihrer Abwesenheit, und es konnte ihre Einwilligung zu einer Hinterlegung und Haftbarkeit für dieselbe in einem solchen Falle nur einem ungewöhnlichen Leichtsinne zugeschrieben werden.

Es können daher die frühern Vorgange keineswegs als ein Grund für den jetzigen gegen sie geltend gemacht werden, sondern vielmehr spricht der Umstand für sie, daß sie die Sachen nur in ihre eigene Verwahrung genommen hat.

e) Wenn man endlich gegen die Wirthin den Satz in Anwendung bringen will, daß sie für die Handlungen solcher Personen, die sie in ihrer Abwesenheit vertreten, einzustehen habe, so fehlt es hier offenbar an der faktischen Unterstellung.

Dem Oberkellner, welcher die Wirthschaft führte, hat der Postillon die Geldkisten nicht übergeben. Wenn ersterer — wie er sagt — auch in das fragliche Zimmer gekommen ist und die zwei Geldkisten darin gesehen, so hat er doch keine Notiz davon genommen, weil sie seiner Verwahrung nicht anvertraut waren und er daher auch der Meinung seyn mochte, keine Verantwortlichkeit dafür zu haben. Hätte der Postillon die Vorsicht gebraucht, die Geldkisten dem Oberkellner in Verwahrung zu geben, so wäre wahrscheinlich keine Entfremdung an der einen Kiste begangen worden.

Die polizeiliche Untersuchung, obgleich sie noch unvollständig ist, enthält viele Anzeigen für diese Wahrscheinlichkeit. Uebrigens ging auch die Vollmacht des Oberkellners nicht so weit, Geldsummen von Reisenden in Verwahrung zu nehmen und für deren Sicherheit seine Prinzipalin verantwortlich zu machen, und um so weniger für die in Frage stehende Geldkisten des Postillons, weil zufolge obiger Ausführung solche zu einer nothgedrungenen Hinterlegung nicht geeignet waren

Noch weniger konnte die Erklärung des Postillons zum Unterkellner und zur Nichte der Wirthin, daß in den gebrachten Kisten, laut der Adresse, beträchtliche Geldsummen enthalten seien, und daß sie solche gut verwahren sollen, eine Verbindlichkeit der Wirthin erzeugen. Merlin sagt loc. cit., p. 746 unter Anderm: „l'hôtelier est tenu du fait des personnes de sa famille et de celui de ces domestiques *selon les fonctions qui leur sont commises*. — Mais si un voyageur remet en arrivant dans une hôtellerie un sac d'argent à un enfant ou a une servante *hors de la vue du maitre* ou *de la maitresse*, ceux-ci ne seront obligés de repondre d'un effet de cette consequence.“ Die Nichte der Wirthin, ein junges Mädchen, war — wie erwähnt — in der Küche beschäftigt und nicht zur Reception von Gästen und deren Effekten bestimmt. Der Schlüssel zum Schlafzimmer ihrer Tante war ihr nicht zu jenem Zwecke in die Hände gegeben und sie öffnete dem Postillon die Zimmerthüre, weil er es verlangte, nicht aus Auftrag ihrer abwesenden Tante. Der Unterkellner, dem der Schlüssel nicht anvertraut war, war noch weniger befugt, das Zimmer auf das Begehren des Postillons öffnen zu lassen. Die Schuld hat der Postillon sich selbst zuzuschreiben.

Nach all diesem halte ich die angestellte Klage de recepto nicht für gegründet. Etwas über die beanstandete Legitimation zur Sache beizufügen, gehört nicht zum Zweck meiner Abhandlung.

Donsbach.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 35. Karlsruhe den 1. September 1838.

I.

Die Hilfsvollstreckung im Falle des L. R. S. 214 betreffend.

Die X'schen Ehegatten wurden einander abgeneigt; der Mann zog aus dem von seiner Frau bisher mit ihm bewohnten Hause aus und nahm eine andere Wohnung. Die Frau begehrte nachher von ihm gerichtlich eine monatliche Rente zum Zwecke ihrer Alimentation. Das Untergericht wies diesen Antrag am 7. September 1836 zwar ab, erkannte aber zugleich, daß der Mann schuldig sei, die Frau binnen 24 Stunden bei sich aufzunehmen.

Diese Entscheidung wurde rechtskräftig.

Einige Zeit nachher trug die Frau dem Unterrichter vor, sie habe sich in die Wohnung ihres Mannes begeben, dieser habe aber ihre Aufnahme verweigert. Damit verband sie das Gesuch, das obgedachte Erkenntniß in der Art zu vollstrecken, daß jetzt der Mann zu Bezahlung der früher begehrten Rente angehalten werde. Zu Unterstützung dieses Antrags berief sie sich auf die §§. 979 und 980 der P. O., welche von dem Urtheilsvollzug in dem Falle handeln, wenn jemand zu einer persönlichen Leistung oder Arbeit verurtheilt ist.

Darüber leitete der Unterrichter neue Verhandlungen ein, worauf die Frau eine Beschwerde wegen Justizverzögerung und Verweigerung bei dem Hofgerichte erhob und die Bitte stellte, den Unterrichter zu Vollziehung der §§. 979 und 980 der P. O. anzuweisen.

Diese Beschwerde wurde abgewiesen, weil das Gesuch um Vollstreckung des Erkenntnisses vom 7. Sept. 1836 zunächst nur darauf gerichtet seyn konnte, den Mann zu Aufnahme der Frau anzuhalten und um so mehr darauf gerichtet werden mußte, als L. R. S. 214 dem Manne befiehlt, die Frau aufzunehmen, diese aber anweist, bei ihrem Manne zu wohnen und sie nur in der Wohnung des Mannes die Alimentation zu suchen hat, so lange nicht wegen eingeleiteter Ehescheidungsverhandlungen oder wegen ausgesprochener zeitlicher Trennung ihr der Aufenthalt außerhalb der Wohnung des Mannes gestattet wurde; — weil ferner nach Erlassung des Erkenntnisses vom 7. Sept. von der Frau kein Antrag gestellt wurde, den Mann zu ihrer Aufnahme veranlassen, sie vielmehr in ihren spätern Erklärungen überall nur das Alimentationsgesuch erneuerte, das Amt daher dadurch, daß es dem letzterwähnten, von ihm bereits verworfenen, Gesuche nicht entsprach, keiner Justizverzögerung oder Verweigerung sich schuldig gemacht hatte.

Nach andern prozessualischen Verhandlungen, deren Mittheilung hier umgangen werden kann, wurde von der Frau neuerlich um Vollstreckung des Erkenntnisses vom 7. Sept. 1836 gebeten. Nun gab der Unterrichter dem Manne auf, bei Vermeidung einer Geldbuße von 10 Thalern, seine Frau binnen 24 Stunden bei sich aufzunehmen.

Der Mann verhielt sich passiv und es wurde derselbe nach Umfluß jener Frist, auf Wiederanrufen der Frau, in die angedrohte Strafe von 10 Thalern verfällt, wie auch unter Androhung der doppelten Strafe angewiesen, binnen 24 Stunden seine Frau zu sich zu nehmen.

Hierwegen ergriff der Mann das Rechtsmittel der Beschwerdeführung an das Hofgericht und gründete seine Beschwerde hauptsächlich darauf, daß vom Unterrichter ein ungeeignetes Vollstreckungsmittel gewählt worden sei, indem nach §. 981 der P. O. nur da Geldbußen auferlegt werden dürften, wenn ein Schuldner eine Handlung zu unterlassen habe, während wegen Verbindlichkeiten, etwas zu thun, nach L. R. S. 1142 eine Vollstreckungsverfügung ganz unzuläßig sei.

Das Hofgericht verwarf aber die Beschwerde:

In Erwägung

1) daß der Beschwerdeführer schon durch amtlichen Beschluß vom 7. Sept. 1836 angewiesen wurde, seine Frau binnen 24 Stunden in seine Wohnung aufzunehmen, daß er diesem Befehle jedoch keine Folge geleistet hat, und auf Anrufen der Frau nunmehr durch Zwangsmittel dazu angehalten werden soll;

2) daß die Verbindlichkeit des Mannes zu Aufnahme

seiner Frau in seine Wohnung auf L. R. S 214 und §. 25 der Eheordnung beruht;

3) daß dasjenige, wozu der Beschwerdeführer durch Zwangsmaßregeln vermocht werden soll, zwar durch ihn allein nicht ausführbar ist, da ihm nicht obliegt, seine Frau außerhalb seiner Wohnung abzuholen und in diese einzuführen, die Frau vielmehr durch Erscheinen in der Wohnung des Mannes zur Bewirkung der Aufnahme selbst thätig seyn mußte, eine Weigerung des Mannes zur Genügung seiner Verbindlichkeit daher nur dann vorläge, wenn er die erschienene Frau wieder aus dem Hause ausweisen würde; daß einem solchen Beginnen des Mannes aber die vom Beschwerdeführer am 30. März 1837 vor dem Amte abgegebene Erklärung:

„Es sei sein ernster Wille, die Frau in Güte nicht aufzunehmen und selbst alle gesetzlichen Mittel anzuwenden, um den Versuch abzuwehren, wenn die Frau mittelst richterlicher Gewalt in seine Wohnung eingeführt werden sollte;“

gleich zu achten ist, da es nach einer solchen Erklärung der Frau nicht mehr zugemuthet werden kann, der nun gewissen, für sie jedenfalls sehr erniedrigenden, Behandlung, durch Abweisung von der Thüre des Mannes, sich auszusetzen;

in Erwägung 4) daß, da die gedachte Erklärung inzwischen nicht widerrufen wurde, der Fall vorhanden war, Zwangsmittel anzuwenden, um den Mann zur Bereitwilligkeit hinsichtlich der Aufnahme der Frau zu vermögen;

5) daß die Prozeßordnung über diejenigen Zwangsmaßregeln keine Bestimmungen enthält, welche anzuwenden sind, um widerspenstige Ehegatten zur Erfüllung der in L. R. S. 212 ff. erwähnten Pflichten anzuhalten, die Quelle dieser Materie vielmehr in der ältern Gesetzgebung, namentlich in §. 27 der hier nach L. R. S. 311 a und nach der Verordnung vom 4. Nov. 1812 bes. §. 7 noch anwendbaren Eheordnung zu finden ist;

6) daß nach dieser (verbunden mit der ältern Hofr. Instruktion, §. 43) strengere Maßregeln angewendet werden können, als von Seite des Amts geschah, daß aber ebendeßhalb der Beschwerdeführer durch die amtlichen Beschlüsse nicht beschwert seyn kann, wenn das Amt vor ernsteren, gesetzlich gestatteten, Mitteln vorerst den gelindern Weg durch Geldstrafen versucht hat. Kirn.

II.

Von einigen Mängeln des Kanzleistyles.

Verfolgen wir den Bildungsgang des badischen Kanzleistyls, wie er sich in den letzten Jahrhunderten gestaltet hat, betrachten wir insbesondere z. B. die Sprache einiger älteren und neueren Erscheinungen im Gebiet vaterländischer Gesetzgebung, nämlich des Landrechtes für die Markgrafschaft Baden und Hochberg vom Jahr 1654 (neu aufgelegt 1710 und 1773), der Hofgerichtsordnung vom Jahr 1752 (vorläufige Verordnung, die Abkürzung des Verfahrens bei dem fürstlichen Hofgericht betreffend) sammt ihrer jüngeren, sehr ähnlichen Schwester, der kurbadischen Obergerichtsordnung vom Jahr 1804, sodann des neuen Landrechtes und der neuen Prozeßordnung, Gemeindeordnung u. s. w., richten wir unseren Blick auf die Sprache amtlicher Verfügungen zur Zeit unserer Väter und Vorväter, und auf die in unserer Zeit erlassenen, so bemerken wir auch auf diesem Felde, wie auf so manchem andern unseres gesegneten Bodens, die reichsten Früchte regsamen Fortschreitens*), und wir werden um so mehr Grund finden, mit diesen Früchten zufrieden zu seyn, wenn wir die Amtssprache anderer deutscher Staaten (der Schweiz gar nicht zu gedenken), wie sie uns da und dort in öffentlichen Blättern vom eingewurzelten Schlendrian entstellt und verwildert vor Augen tritt, mit der jetzt bei uns üblichen vergleichen. Allein noch ist es nicht Zeit zu behaglichem Stillstand; noch — wir dürfen es uns nicht verbergen — bedarf jenes Feld der jätenden Hand, indem noch manche Mängel wie wucherndes Unkraut das freie Wachsthum der Früchte an einzelnen Orten verkümmern. Auf einige dieser Mängel hinzudeuten, und deren Beseitigung reiferem Urtheil zu unterstellen, sei die Aufgabe dieser Zeilen.

I. Noch immer krankt der Kanzleistyl, so viel auch die letzten Jahrzehnte in dieser Hinsicht gebessert haben, an einer Menge ohne Noth geduldeter Fremdwörter. Es gab eine Zeit, wo es den Anschein hatte, als solle die deutsche Kraftsprache überwältigt werden von jener Unzahl fremder Eindringlinge, die zügellos ihr Gebiet durchstreiften, gleichwie es damals den Anschein hatte, als solle deutsches Recht und deutsche Glaubens- und Denkfreiheit dem fremden Einfluß unterliegen. Diese Zeit ist — Dank sei es urgermanischer Kraft! — glücklich vorübergegangen. Nur in den Winkeln der Gerichtsstuben und Geschäftszimmer

---

*) Im Landrecht von 1654 ist die Sprache noch gar ungereinigt und unausgebildet. Man vergleiche z. B. Theil III., Tit. 14: „Wie bald ein Ehegemächt nach des anderen tödtlichen Ableiben sich wiederumb verheurathen möge,“ ebenso Theil N., Tit. 21: „Wenn viel Gläubiger zu hauff kommen, was gestalten deren einer“ u. s. w.

In der Hofgerichtsordnung von 1752 ist die Sprache viel geglätteter und gesäuberter, doch finden sich noch manche Unebenheiten darin, vergleiche den Eingang derselben und Art. 15, und hiemit Obergerichtsordnung, Eingang und Art. 16.

Wie ganz anders lautet dagegen die Sprache in den neueren und neuesten Gesetzen!

treiben noch die Nachkommen jener Fremdlinge ihr unholdes Wesen.

Noch immer sieht man beinahe kein Aktenheft, worin nicht Ausdrücke wie: Remissione salva, sub reacclusione actorum, ad regimen, ad judicium aulicum, termino praeterfluxo, in dorso duplicati, in folle, rebus sic stantibus, publicatum in faciem und a. m., gleich widrig für lateinische wie für deutsche Ohren, gleich unersprießlich für die Schönheit, für die Verständlichkeit und für die Würde der Amtssprache, schaarenweise anzutreffen sind. Noch immer wird darin von Präjudicien, präfigirten Terminen, Litisconsorten, Litiscontestation, Interlcut, Libell, Concurs, Cridar, ex officio, pro parte, reassumiren, participiren, reclamiren und concediren u. s. f. ins Unendliche geredet, ungeachtet für alle diese Ausdrücke die besten deutschen Worte zur Hand liegen, somit die Berufung auf den allbekannten Dichterspruch:

„Man kann nicht stets das Fremde meiden,
das Gute liegt uns oft so fern"

keine Ausflucht gewährt.

Es ist wahrlich an der Zeit, jenen ungeschlachten Fremdlingen auf immer die Thüre zu weisen! und man kann dieß, ohne in den Gegenfehler deutschthümlerischer Sprachreinigungswuth zu gerathen, und ohne Gewaltthätigkeit, wenn man nur den Grundsatz festzuhalten sich gewöhnt, daß Fremdwörter nur dann gebraucht werden sollen, wenn ein entsprechender, guter deutscher Ausdruck mangelt, wie etwa für die Worte: Rekurs*), Intervenient, und allenfalls für das (vielleicht allzu beliebte) unübersetzbare „Brevi manu" u. s. w. Solche Worte welche, sich ganz bei uns eingebürgert haben, wie z. B. Collegium, Ministerium, Privilegium, Fiskus, Physicus, können natürlich nicht verbannt werden (die letzteren beiden können vermieden werden), aber gerade, weil sie eingebürgert sind, müssen sie auch volles Bürgerrecht genießen, das heißt, sie müssen wie deutsche Worte behandelt werden, man darf daher nicht sagen: dem Collegio, Physico u. s. f., auch nicht: die Ministeria, wohl aber die Phisici, weil hier die deutsche Endung zur Bezeichnung der Mehrzahl ungebräuchlich ist. Hiemit stimmt auch der neuere Sprachgebrauch durchaus überein.

II. Ein weiterer Fehler, der nicht genug vermieden wird, ist der Gebrauch müssiger, rechtlich unnöthiger oder nichts sagender Redensarten. Dahin gehören z. B. die Redeschnörkel der Anwälte: Im Uebrigen wiederhole ich lediglich *priora*, schließlich setze ich dem gegnerischen Vertrag allgemeinen Widerspruch entgegen, unter dem Vorbehalt jeder Rechtszuständigkeit u. s. w., ferner der Beisatz „a lapsu prioris" bei Fristverlängerungen (welcher mehr als einen „Lapsus" enthält), vgl. P. O., §. 239. Solche Ausdrücke schaden, weil sie nichts nützen.

*) Das abentheuerliche Wort der Recurse statt Recursbeklagter sollte nirgend mehr vorkommen.

Hierher kann man auch den Gebrauch überflüssiger Vorsetzsylben rechnen, z. B.: Anbetracht statt Betracht, Unkosten statt Kosten.

III. Ein anderer Fehler liegt in der begriffswidrigen Anwendung gewisser, an sich guten, Worte. So wird ein großer Mißbrauch mit dem trefflichen Worte „jeweils, jeweilig" getrieben, indem man es manchmal da anwendet, wo es nach seinem Begriffe (zu welchem nothwendig ein voraussichtlich mehrmals eintretender Fall oder Zustand gehört) gar nicht paßt, z. B. vorbehaltlich jeweiligen Widerrufes, wenn nur von einmaligem Widerruf die Rede ist.

Eben so findet man oft das Wort Rechtsmittel, das in der Gerichtssprache seine genau bestimmte Bedeutung hat, statt des Ausdruckes: Mittel, zu seinem Recht zu gelangen.

Endlich wird so häufig in Verfügungen von einer Beilage und einem Anschluß geredet, wo weder eine Beilage, noch ein Anschluß folgt, sondern lediglich ein Beisatz, wo nämlich auf demselben Blatte, worauf die Hauptverfügung steht, etwas beigesetzt, beigeschrieben wird*).

Wir kommen nun

IV. zu den eigentlichen Sprachfehlern, nämlich zu solchen Fehlern, die Sünden gegen die ersten Gebote der Sprachlehre enthalten. Dahin gehören unter anderen folgende, nicht selten in Erlassen, Vorträge u. s. w. anzutreffende:

1) falsche Casus bei Vorwörtern, z. B. wegen dem Umstand, laut dem Urtheil, während dem Vorlesen, statt wegen des Umstandes u. s. w.

2) Unrichtige, von der Schriftsprache geächtete, Formen, z. B. versteigt statt versteigert, haltet st. hält, umloffen st. umlaufen, Aerme st. Arme, Täge st.

*) Als eine begriffswidrige Anwendung eines guten Wortes erscheint es auch, wenn in Vorträgen und Untersuchungsakten von der beeidigten Aussage oder Angabe eines Zeugen gesprochen wird. Beeidigen heißt einen Eid abnehmen. Der Richter beeidigt einen Zeugen, wenn er ihm den Eid abnimmt. Also der Zeuge wird beeidigt, und nicht die Aussage desselben.

Ist aber vom Zeugen als handelnder Person die Rede, so kann man von ihm nicht sagen, er beeidige seine Aussage. Er wird beeidigt, aber er beeidigt nicht selbst. Er leistet den Eid, er nimmt ihn nicht ab, d. h. er beeidigt nicht. Er beschwört seine Aussage, oder er bestätigt oder bekräftigt sie eidlich, d. h. auf seinen Eid hin. Darnach wird die Aussage beschworen, oder eidlich bekräftigt oder abgelegt u. d. g., aber nicht beeidigt. D. R.

Tage, Hember st. Hemden. Auch der in doppelter Beziehung verwerfliche Ausdruck: „unter Voraussetzung dieses" statt unter Vorausschickung (Voranstellung) des Obigen (Vorstehenden) gehört hierher. In doppelter Beziehung ist jener Ausdruck verwerflich zu nennen, weil das Wort Voraussetzung, da es seine eigentliche, hier unterlegte Bedeutung beinahe verloren hat, mindestens zweideutig, der Genitiv „dieses" aber, welchen die Sprache nur in Verbindung mit einem Hauptwort zuläßt, unrichtig erscheint.

3) Sprachwidriges Auslassen eines Artikels, Fürwortes, oder Beiwortes vor mehreren Worten verschiedenen Geschlechtes, z. B. „ein jeder Flecken, Stadt, Dorf," oder „durch ähnlichen Anzug, Gestalt, Aussehen statt ein jeder Flecken, jede Stadt, jedes Dorf u. s. w.

4) Falscher Gebrauch des Partizips auf end. Beispiele sind: zu gutfindendem Bedenken, zu gutfindender Erledigung, statt zu beliebigem Bedenken, zur Erledigung nach Gutfinden; ferner das bekannte Beispiel: „der unwissend wo sich aufhaltende N. N." *)

IV. Wenn nach dem unter Ziffer I. Gesagten zu bedauern ist, daß der Reichthum und die Bildungsfähigkeit unserer Sprache im Kanzleistyle noch nicht überall nach Gebühr gewürdigt und ausgebeutet wird, so muß auf der anderen Seite auch der Gebrauch sprachwidrig gebildeter neuer Worte unter die auszurottenden Mängel gezählt werden. So trifft man z. B. sogar in sonst mustergültigen Vorträgen u. dergl. das Unwort Dringenheit, diese sprachliche Mißgeburt, welche beim Eintritt in das Daseyn eines ihrer Gliedmaßen, den Buchstaben d am Ende des Stammwortes „dringend" eingebüßt hat, und doch ist dafür das gute Wort Dringlichkeit vorhanden. Eben so wenig als man sagen kann: Blendenheit (Blendendheit) Ueberraschenheit, Abstoßenheit, eben so wenig kann man sagen Dringenheit. Ein solches Mißgebilde ist auch das Wort Verzugsetzung, statt das in Verzug Setzen, welches ebenso sprachwidrig erscheint, als etwa das Wort Flammensteckung für das in Flammen Stecken erscheinen würde. Jenes Wort müßte wenigstens „Inverzugsetzung" heißen, da das in als wesentlich zum Begriffe gehörig nicht ausgelassen werden kann.

Gut gebildete neue Worte dagegen, welche der Sprache zu wahrer Bereicherung dienen, wie z. B. die bereits in die Annalen eingeführten Worte: Vorkommniß, abmangels sollten allgemeine Anerkennung und Aufnahme finden.

Hiemit schließen sich diese Andeutungen, bei deren Aufzeichnung dem Verfasser gar wohl bewußt war, wie viel leichter es ist, zu tadeln, als besser zu machen, und es bleibt nur noch der Wunsch beizufügen, daß dieselben etwas, wenn auch nur ein geringes Scherflein, zur Erreichung ihres wohlgemeinten Zweckes beitragen möchten. **)

Eduard Brauer.

III.

Curiosum.

Das Bezirksamt N. an das Bezirksamt N.

Der heute dahier erschienene Müller Jakob Naumeier hat vorgetragen, daß er die Stellfalle zu seiner Mühle, da sie ganz verdorben sei, repariren müsse und hiezu 4 Tage lang das Wasser abschlagen müsse, innerhalb welcher Zeit also keine Flöße gehen können.

Wohldasselbe ersuchen wir nun, dies den dortigen Flößern mit dem bekannt zu machen, daß Naumeier seine Arbeiten begonnen und bis den zwölften d. M. damit fertig werde.

N. Den 11. Juli 1837. N.

Frage.

Woher ist der Müller?

Welches Wasser schlägt er ab?

Wo bleiben die 4 Tage, wenn er am 11. anzeigt, er sei am 12. fertig?

Wann soll man die Sache verkünden, da die Requis am 12. erst einkömmt?

*) Hieher gehören überhaupt alle Partizipien der gegenwärtigen Zeit, die als Eigenschaftswörter (adjectiva) des Objekts des Satzes gebraucht werden, statt daß sie sich ihrer aktiven Form nach auf das Subjekt des Satzes beziehen sollten. So wird z. B. gesagt: meine vorhabende Reise. — Eine vorhabende Reise ist eine „Reise, welche vorhat," — und doch ist es nicht die Reise, welche etwas vorhat, sondern ich bin es, der die Reise vorhat. Ferner wird gesagt: guthabende Forderungen und bezahlende Schulden, obschon nicht die Forderung es ist, die etwas gut hat, sondern der Gläubiger vielmehr die Forderung gut hat, — und obschon nicht die Schulden zahlen, sondern der Schuldner die Schulden zahlt. Selbst das Landrecht ist von dieser Sprachunrichtigkeit nicht frei. So sagt z. B. der S. 1581 a, die Frau habe „aus dem rücknehmenden Beibringen den Gläubigern zu zahlen;" und doch ist das Beibringen nicht rücknehmend, d. h. es nimmt nichts zurück, es wird vielmehr selbst zurückgenommen. Die Ehefrau nimmt zurück, nur ihr könnte daher das Partizip „rücknehmend" als Eigenschaftswort beigefügt werden. D. R.

**) Dies werden sie auch. Gutta cavat lapidem, non vi, sed saepe cadendo. D. R.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 36. Karlsruhe den 8. September 1838.

I.

Todtschlag.

In der Nacht vom 18. Juni 1837 wurde der beim Gänserthor zu Külsheim wohnende Bürger J. Ph. Pahl durch den Ruf: O Jesus! plötzlich aus dem Schlaf geweckt. Er sprang sogleich zum Fenster und sah nun vor seinem Hause in der Mitte der Straße einen Mann liegen und zwei Andere davon springen. Um Hilfe rufend ging er auf die Straße, wo sich auch seine nächsten Nachbarn L. Neuf und Fr. Ditter alsbald einfanden. Sie betrachteten den zu Boden gestreckten Mann, welcher auf dem Rücken mit den Füßen gegen das Thor und mit dem Kopfe gegen das Städtchen dalag, konnten ihn aber wegen seines blutigen Gesichts nicht erkennen. Pahl eilte nun zuerst nach dem ungefähr 48 Schritte vor dem Thore einsam gelegenen Hause des Bürgermeisters und praktischen Arztes Dr. Bäth, um dessen Hilfe für den Verwundeten in Anspruch zu nehmen; erfuhr aber von Bäths Frau, daß ihr Mann nach der Stadt gegangen und noch nicht zurückgekehrt sei. Pahl begab sich hierauf wieder zu dem Verwundeten. Während seiner Abwesenheit hatte Neuf den Arm des Verletzten etwas in die Höhe gezogen, worauf dieser mit der linken Hand an das ganz hervorstehende linke Auge griff und es auswischte. Jetzt erkannten Neuf und der mittlerweile hinzugetretene P. Seiz den Bürgermeister Dr. Bäth. — Man wischte ihm das Blut vom Gesichte; allein er konnte nicht mehr sprechen und röchelte nur noch. Nachdem noch mehrere Männer sich eingefunden hatten, wurde Bäth von ihnen nach Haus getragen. Damals soll, nach Pahls Angabe, gerade 11 Uhr geblasen worden seyn. In Bäths Wohnung wurden ihm von dem herbeigerufenen Barbier Häfner kalte Umschläge auf den Kopf gemacht. Häfner schickte auch nach dem Physikate und dem zunächst wohnenden praktischen Arzte Wagner in Hardheim. Allein die ärztliche Hilfe kam zu spät, indem Bäth, welcher in der Zwischenzeit immer bewußtlos geblieben war, etwa um 12 ½ Uhr verschied.

Auf die Anzeige von diesem Vorfall traf die amtliche Commission von Tauberbischoffsheim zwischen 8 und 9 Uhr in dem Hause des Verstorbenen ein. Nach dem Protokolle über die gleichbald vorgenommene Legalinspektion und Sektion war der Körper des Entseelten, dessen Kleidungsstücke überall mit Blut besudelt gewesen, der eines starken Mannes. Aus Mund- und Nasenhöhlen floß schäumiges Blut. Die Vorderseite des Körpers und namentlich das Gesicht waren mit mehreren Blutflecken verunreinigt, die Augen geschlossen, die Augenlieder aufgeschwollen und schwarzblau gefärbt. Auf der Vorderseite des Schädels erblickte man eine gerissene Hautwunde, am äußern Winkel des rechten Auges einen Einriß von einigen Linien, am Ende des rechten Nasenflügels eine blutige Hautabschärfung, in der Mitte der rechten Seite der Oberlippe eine oberflächliche Wunde, das Nasenbein oben an der Nasenwurzel gebrochen und auf dem Hinterhaupte eine Wunde; auch ließ sich oberhalb der Augenbraunen des linken Auges eine Furche in der Knochensubstanz fühlen. Endlich entdeckte man an der äußern Fläche des rechten Oberarms eine Hautabschärfung. — Bei der Sektion zeigten sich

1) unter der hautigen Kopfbedeckung an den obenbeschriebenen Stellen schwarzgeronnenes extravasirtes Blut;

2) auf dem sodann blos gelegten knöchernen Hirnschädel vier große, aus einander kloffende Knochenbrüche;

3) die knöcherne Augenhöhle in viele kleine Stücke zerschmettert;

4) das linke wie das rechte Wangenbein von allen seinen Verbindungen losgetrennt und nur noch lose damit zusammenhängend;

5) die vordere Wand des Oberkiefers ganz zerstört und die Höhle desselben mit schwarzem geronnenem Blute angefüllt;

6) nach Abnahme der knöchernen Hirndeckel zwischen den Knochen und der harten Hirnhaut ⅛ Schoppen extravasirtes schwarzes geronnenes Blut, wodurch die vordere Hälfte der linken Hemisphäre des großen Gehirns bedeutend niedergedrückt war;

7) unter der harten Hirnhaut vier Unzen Blut wie das zuvor beschriebene;

8) die Blutgefäße des Hirns mit schwarzem Blute angefüllt; endlich

9) auf dem Grunde des Schädels, nach Herausnahme des Gehirns, noch ein fünfter Knochenbruch.

An dem ganzen Kopfe des Erschlagenen war der Unterkiefer allein unversehrt geblieben. In den hiernächst geöffneten Cavitäten der Brust und des Unterleibs fanden sich keine Abnormitäten vor.

Auf diesen Erfund hin wurde später von den Obducenten begutachtet: daß die beschriebenen Kopfverletzungen die Wirkung von Schlägen mit stumpfen durch große Gewalt in Bewegung gesetzten Werkzeugen seien, daß die Vielheit und Bedeutenheit der Verletzungen diese als absolut lethal charakterisiren, ja daß von den 5 Knochenbrüchen an dem Kopfe jeder absolut tödtlich gewesen sei, weil bei jedem derselben die heftigste Hirnerschütterung habe eintreten müssen. —

Das hierüber eingeholte Obergutachten des hofgerichtlichen Medicinalreferenten sprach sich dahin aus: daß

a) die durch die Sektion nachgewiesenen Brüche und Sprünge der Hirnschale und Gesichtsknochen, so wie der in der Kopfhöhle vorgefundene Blutaustritt und Hirnmasse-Eindruck durch eine 4 bis 5malige heftige Einwirkung stumpfer Körper bewirkt worden;

b) daß in Betracht des hierdurch erzeugten Grades der Erschütterung, Knochenzersplitterungen, der inneren Blutung und des Hirndruckes jede dieser Kopfverletzungen den absolut und schnell tödtlichen Verwundungen wegen Unzulänglichkeit der natürlichen Heilkräfte und Unzugänglichkeit der ärztlichen Kunsthilfe beizuzählen sei. —

Was die Werkzeuge betrifft, womit der Todtschlag muthmaßlich vollführt worden war, so wurden der amtlichen Commission bei ihrer Ankunft im Hause des Getödeten zwei Prügel (Klafterstikel) vorgelegt, welche man in der verflossenen Nacht dorthin gebracht hatte. Der eine derselben **A** ist 5 Schuh, 2 Zoll lang, 5 Pfund, 8 Loth schwer und von Saienholz; er hat 2 Zoll im Durchmesser, und es fanden sich an dessen dickerem Theile mehrere Blutspuren. Der andere **B** ist 5 Schuh, 10 Zoll lang, 4 Pfund, 26 Loth schwer, ungefähr von gleicher Dicke wie der vorige, von Aspenholz und in der Mitte bedeutend gekrümmt. —

Das Physikat und der hofgerichtliche Medicinalreferent erkannten, daß beide Prügel, besonders wenn sie mit einem kräftigen Mannesarm geschwungen wurden, ganz geeignet waren, die Verletzungen an Bäths Kopf hervorzubringen.

Diese Prügel sind auf folgende Art zum Vorschein gekommen. Gg. Braun war, als man den Erschlagenen nach Haus gebracht hatte, in die Apotheke geschickt worden. Den Rückweg machte er mit dem Gemeinderath Köhler. Als sie an dem innerhalb des Gänßerthores jedoch nicht weit davon stehenden Hause eines gewissen Adelmann vorbeikamen, sah Braun dort zwei Klafterstickel, wovon der eine auf der Straße lag und der andere gegen die Mauer gelehnt war. Köhler sah nur den letzteren, und Braun nahm diesen (es ist der oben mit **B** bezeichnete) und trug ihn bis zum Bäthschen Hause, wo ihm Jemand denselben mit den Worten abnahm: „wer doch mit solchen Stickeln schlagen wollte.“ — Als nach Bäths Verscheiden der praktische Arzt Wagner gekommen war, ging der Gemeinderath Köhler mit diesem und anderen Personen, namentlich dem Barbier Häfner und Jagdinspector Richter umher, um noch Blutspuren zu sehen. An der Stelle, wo Bäth vorher gelegen, bemerkten sie eine große Blutlache, die auch den anderen Tag noch sichtbar war. Als sie wieder zu dem Adelmannschen Hause kamen, fanden sie auch den anderen Prügel und nahmen ihn mit. Es ist der oben mit **A** bezeichnete. Köhler will an demselben gegen das dickere Ende hin Blut und anklebende Haare wahrgenommen haben. Aller Wahrscheinlichkeit nach hatten sich die Thäter in der Nähe des Platzes, wo Bäth erschlagen worden, die Prügel verschafft. Es zeigte sich nämlich bei dem am 19. Juni eingenommenen Augenschein, daß 5 Schritte vor dem Bogen des Gänßerthores ein großer Wellenhaufen und daneben eine Beuge von Prügelholz zwischen Klafterstickeln aufgesetzt war. Die Wellen gehören dem J. Pahl, dessen Bruder W. Pahl sie einige Wochen früher aufgesetzt und auf dieselben einen Klafterstickel gelegt hatte, welcher sich bei der Augenscheinseinnahme nicht mehr vorfand. Der Zeuge wußte nicht, wann und wie der Stickel hinweggekommen, glaubte jedoch solchen in dem Prügel **B** wieder zu erkennen. Das andere Holz gehört dem Fr. Bürger, welcher es einige Wochen vorher aufgesetzt und zwischen dasselbe und Pahls Wellen einen Klafterstickel eingeschlagen hatte, der sich bei dem Augenscheine ebenfalls nicht mehr vorfinden ließ, ohne daß Zeuge wußte, wann und wie er entkommen war. Er meinte indessen, der ihm vorgezeigte Prügel **A** sei jener Stickel; doch konnte er dieß nicht mit voller Bestimmtheit versichern.

Die erste Spur zur Entdeckung der Thäter gab Peter Weilhard, der Knecht des Bürgermeisters, welcher kurz vor seinem Herrn durch's Gänßerthor nach Haus gegangen war, an die Hand. Dieser bemerkte nämlich im Vorübergehen bei dem Wellenhaufen zwei Bursche, ging auf sie zu und erkannte den Adam **Büttner**, Knecht des Altbürgermeisters Schreck allda. Der andere Bursche, welcher ohne Kopfbedeckung war, hatte sich umgewendet, damit er nicht erkannt werden soll. Weilhard wollte ihm nun den Kopf herumdrehen, um zu sehen, wer es wohl sei. Der Bursche griff aber nach einem neben ihm gestandenen Prügel, und bewog dadurch den Weilhard, seines Wegs zu gehen.

Büttner wurde so fort in Verwahrung genommen, da er angab, daß Venantius Ullrich, der Knecht des Schwertwirths Gillig, in seinem Beiseyn den Bürgermeister Väth erschlagen habe, so ward Ullrich nun ebenfalls verhaftet.

Die mit Fleiß und Eifer geführte Untersuchung erlitt nur einmal durch die Flucht des A. Büttner, welcher sich jedoch in Heidelberg wieder einfangen ließ, eine kurze Unterbrechung.

Auf Vorlage der Akten wurde nach erhobener Defension in der hofgerichtlichen Plenarsitzung vom 17. Mai l. J. durch Urtheil zu Recht erkannt, daß

1) Venantius Ullrich der Tödtung des Bürgermeisters Dr. Väth von Külsheim zwar für klagfrei zu erklären und mit Tragung der Kosten zu verschonen, dagegen wegen des auf ihm lastenden schweren Verdachts zu einem, im allgemeinen Arbeitshause zu Pforzheim zu erstehenden sicheren Verhafte von 8 Jahren zu verurtheilen, daß

2) Adam Büttner dieser Tödtung zwar ebenfalls für klagfrei, dagegen der Theilnahme daran für schuldig zu erklären und deßwegen zu einer, in Mannheim zu erstehenden Zuchthausstrafe von 8 Jahren und zur Tragung sämmtlicher Untersuchungs- und seiner Straferstehungskosten zu verurtheilen sei. —

Entscheidungsgründe:

I. Der Bürgermeister und praktische Arzt Jacob Adam Väth von Kühlsheim wurde am 18. Juni v. J., nachdem er kurz zuvor den Mohrenwirth Hauk und noch einige andre Personen bei dem Hause des Erstern verlassen hatte, zwischen 10¾ und 11 Uhr Nachts von den Zeugen Johann Philipp Pahl, Lorenz Neuf, Franz Ditter, in der Nähe des Gänßerthors mit blutigem Gesichte und in bewußtlosem Zustande, auf dem Boden liegend gefunden und starb noch in der nämlichen Nacht.

Die am folgenden Tage vorgenommene gerichtliche Inspection und Section seines Körpers lieferten den Beweis, daß sein Tod als die Folge mehrerer, am vorhergegangenen Abend, von fremder Hand erlittenen Kopfverletzungen angesehen werden muß, von denen jede von den Gerichtsärzten als absolut tödtlich erkannt worden war.

Es liegt demnach in objectiver Beziehung der Thatbestand des Verbrechens der Tödtung vor.

Als Urheber desselben kamen Johann Adam Büttner von Reicholzheim und Venantius Ullrich von Hundheim, welche damals als Knechte in Külsheim in Diensten gestanden hatten, in Untersuchung.

II. In Bezug auf den Erstern, dem überhaupt kein gutes Leumundszeugniß zur Seite steht, ist

1) durch die eidlichen Depositionen des Rosenwirths Schulz von Külsheim, der Frau desselben, sodann der Bürgergardisten Dill und Reinhard erwiesen, daß er schon Sonntags den 4. Juni 1837, also gerade 14 Tage vor der obgedachten That, als er von dem Bürgermeister wegen Uebertretung der polizeilichen Feierabendstunde in dem Rosenwirthshause aufgezeichnet wurde, gegen jenen sich unanständig betragen und die drohenden Worte gegen denselben ausgestoßen hatte: „in zwei Jahren sind Sie nicht mehr Bürgermeister;“ — worauf er wohl verdientermaßen in Verhaft genommen wurde.

Es ist ferner durch die Aussagen des Max Berberich, Franz Anton Bundschuh, der Frau des Rosenwirths Schulz und des Mühlknechts Johann Gregor Hauk die Gewißheit geliefert, daß Büttner nach dem eben gedachten Vorgang noch einen Groll gegen den Bürgermeister hegte, über denselben sich unzufrieden bezeigte und weitere drohende Worte auszusprechen sich erlaubte.

Aus den Depositionen von Personen, mit welchen der Inculpat am 18. Juni selbst zusammen war, insbesondere des Gregor Hauk und Max Berberich geht endlich hervor, daß jener auch an dem Abende des genannten Tages noch eine fortwährende Abneigung gegen den Bürgermeister zu erkennen gab, welche er in leidenschaftlichen Reden aussprach und es erhält dadurch eine am nämlichen Abende von seiner Seite gegen den Maurer Bundschuh geschehene Aeußerung: „Er habe einen Zorn, daß er sich selbst nicht gut sei,“ — eine besondere Bedeutung.

Hiernach findet der Art. 32 der peinlichen Gerichts Ordnung, wornach Drohungen, welche auf ein kurz nachher erfolgtes Verbrechen bezogen werden können, gegen denjenigen, welcher die Drohung aussprach, eine nahe Inzicht der Verübung der That selbst begründen sollen, auf den Inculpaten, der sowohl nach seinem Leumund, als nach der ihm in hohem Maße inwohnenden ungünstigen Stimmung gegen den Bürgermeister Väth, für eine Person angesehen werden muß, welcher ein Angriff auf den Bürgermeister und eine Mißhandlung des letztern zugetraut werden dürfte, seine volle Anwendung.

2) Inculpat befand sich, sowohl nach eidlicher Aussage des Peter Weilhard, als seinem eigenen Geständniße am 18. Juni v. J. nach der Feierabendstunde und unmittelbar vor Verübung des Verbrechens an dem Gänßerthore.

Diese Anwesenheit am gedachten Orte war auch abgesehen von dem Geständnisse des Inculpaten von folgenden verdachterregenden Umständen begleitet. Es war nach der Polizeistunde und der betreffende Platz liegt außerhalb der Stadt, entfernt von der Wohnung des Inculpaten, und Letzterer hatte zur fraglichen Zeit an dem gedachten Orte keine Geschäfte. Ueberdieß stand Inculpat, nach dem Zeugnisse Weilhards so, daß er gegen die Stadt hineinsah, was darauf schließen läßt, daß er aufmerksam seyn wollte,

ob Jemand komme, und was nothwendig zu der weitern Vermuthung führt, er habe die Ankunft des Bürgermeisters, den er vorher in der Stadt gesehen und von dem er gewußt, daß ihn der Weg zu seiner Wohnung durch das Gänßerthor führe, erspähen wollen. Ferner befand sich Inculpat in Gesellschaft eines andern Individuums, welches sich zu verbergen und unkenntlich zu machen suchte, und es standen, wie Weilhard versicherte, mehrere Prügel bei ihnen.

Noch mehr gravirend wird aber ihre Anwesenheit durch die eig'nen Geständnisse des Inculpaten, indem er hiernach mit dem Bewußtseyn an den fraglichen Platz sich begab, daß dort dem Bürgermeister aufgelauert und derselbe mißhandelt werden sollte.

Inculpat bewaffnete sich mit einem solchen Instrumente, dergleichen Weilhard vorher schon bei den beiden Burschen hatte stehen sehen und welche offenbar als Vorbereitung zu der demnächst zu verübenden Mißhandlung schon im Voraus von dem am Gänßerthore befindlichen Holze hinweggenommen worden waren, zu welchem sie, nach den in der Untersuchung durch Augenschein und Vernehmung des Franz Burger und Manzius Pahl gewonnenen Beweisen, gehört hatten. Jene Prügel oder Klaftersticel waren aber Werkzeuge, mit welchen nach den gerichtsärztlichen Gutachten diejenigen Verletzungen zugefügt worden seyn konnten, welche am Kopfe des Verletzten sich vorgefunden hatten.

Die Anwesenheit des Inculpaten am Orte der That war demnach von allen den Umständen begleitet, welche der speziell von der Tödtung handelnde Artikel 33 der peinlichen Gerichts Ordnung unterstellt, um daraus eine nahe Inzicht wegen Verübung der That selbst abzuleiten.

Inculpat hat zwar beharrlich geläugnet, selbst auf den Bürgermeister geschlagen zu haben.

Allein er gibt zu, daß ihm von seinem Coinculpaten der Vorschlag gemacht worden, dem Bürgermeister aufzulauern und ihn zu mißhandeln, und er ging hierauf mit dem von ihm als Urheber der That bezeichneten Ullrich an den erwähnten Platz, an welchem die That verübt wurde. Hätte er an dieser keinen Theil nehmen wollen, so würde er nicht mitgegangen seyn; denn es wurde weder ein physischer noch ein moralischer Zwang versucht, um ihn zur Begleitung zu vermögen, ja es bedurfte, nachdem, was er selbst deßhalb anführt, nicht einmal einer Anwendung von Ueberredungskunst, um seine Schritte in Bewegung zu setzen.

Inculpat will seinen Begleiter von Begehung der That abgemahnt haben. Aber auch dafür liegt keine Wahrscheinlichkeit vor. Hätte es wirklich in Büttners Absicht gelegen, das Verbrechen zu verhindern, so war ihm dazu mehrfach die auffallendste Gelegenheit gegeben.

Zuerst, als Weilhard ihn vor dem Thore traf. Diesen konnte Inculpat auf Ullrichs Vorhaben aufmerksam machen, er konnte, wenn er selbst wider Willen von Ullrich vor das Thor geführt worden wäre, mit Weilhard sich entfernen, und dem Bürgermeister warnend entgegen gehen. Mit Weilhards Hilfe endlich hätte er sogar den Ullrich gewaltsam zurückzuhalten vermocht.

Die zweite Gelegenheit bot sich dadurch, daß das Hündchen des Bürgermeisters vor diesem aus dem Thore kam, und Inculpat die, von ihm selbst als „hart" bezeichneten Schritte des Bürgermeisters schon vor dessen Ankunft hörte. Damals wäre es noch Zeit zur Warnung des Bedrohten gewesen, wenn nicht Inculpat, was ihm an sich schon abgelegen hätte, seine eigne physische Kraft der seines Genossen entgegensetzen wollte, um diesen von dem Verbrechen abzuhalten.

Aus dem ganzen Benehmen des Inculpaten erhellt demnach, daß es nicht nur nicht in seiner Absicht gelegen hatte, seinem Begleiter hinderlich zu seyn, sondern, daß er vielmehr in das von diesem angeblich proponirte Complott gegen den von ihm schon früher mit Aeußerungen der Abneigung verfolgten Bürgermeister eingegangen war. Deßhalb müßte er, selbst wenn er nicht auf den letztern geschlagen hätte, wegen seiner Anwesenheit bei der That, als Miturheber in Bezug auf den Angriff und die Mißhandlung angesehen werden. So weit er an letztern aber nicht thätigen Theil genommen hätte, wäre ihm jedoch die Tödtung nicht als Folge des eingegangenen Complotts als Miturheber zuzurechnen, weil sein Geständniß nicht so weit geht, daß das proponirte Complott auf jenes Verbrechen sich ausdehnte.

Eine natürliche Frage bleibt aber immer die: Warum hatte Büttner bei jenem zum Zwecke der Mißhandlung des Bürgermeisters auf diesen gemachten Angriff selbst eine Waffe und zwar eine solche, welche zu Vollführung einer höchst gefährlichen Mißhandlung geeignet war und bei deren etwaiger Anwendung mit Rücksicht auf ihre Größe, Schwere und Unbeholfenheit der am Körper des Angegriffenen sich ergebende Effekt leicht vorauszusehen gewesen wäre?

Büttner will den fraglichen Klaftersticel erst ergriffen haben, nachdem Ullrich schon den ersten Streich auf den Bürgermeister geführt hatte; er behauptet, daß jenes Ergreifen in der Angst geschehen sei.

Allein mit Berücksichtigung des über das Complott Bemerkten und der frühern Drohungen des Inculpaten, entbehrt jene Angabe aller Wahrscheinlichkeit. Zu seiner Flucht bedurfte er nämlich keiner Waffe. Er war von keinem Angriffe bedroht, dem er eine Gegenwehr hätte entgegensetzen müssen. Er behauptete nicht einmal, daß er eine solche Gegenwehr bei Ergreifung des Prügels beabsichtigt habe. —

Er warf auch das Instrument schon wenige Schritte vom Orte der That wieder hinweg, es hätte ihm also zu nichts dienen können, wenn er nicht beim Angriffe auf den Bürgermeister selbst schon davon Gebrauch gemacht haben sollte. Hiebei darf das verdächtige Benehmen des Inculpaten während der Untersuchung in Bezug auf den fraglichen Punkt nicht außer Acht gelassen werden. Er übergieng es nämlich in den ersten Verhören ganz mit Stillschweigen, daß er mit dem Klafterstickel bewaffnet war, und später, als er solches zugestand, entschuldigte er sein früheres Stillschweigen mit der leeren Phrase, daß der gedachte Umstand ihm erst inzwischen beigefallen sei. Er war zu jenem Geständnisse erst durch den Vorhalt der Weilhard'schen Deposition vermocht worden, aus welcher sich ergeben, daß Inculpat und sein Gefährde vor dem Thore mehrere Prügel in Bereitschaft hatten. Ohne dieses würde Inculpat muthmaßlich bei Verheimlichung der erwähnten Thatsache beharrt haben.

Sodann ist hier hervorzuheben: daß Inculpat die beiden Prügel ziemlich genau beschrieb und bei Vorlage der am Adelmannschen Hause gefundenen Werkzeuge sowohl dasjenige, welches er gehabt, als das, welches Ullrich geführt haben soll, wieder erkannte, was voraussetzt, daß er nicht im Momente eines panischen Schreckens einen Gegenstand der ihm gerade in der Nähe war, unbewußt, zu welchem Gebrauche er ihm dienen sollte, ergriff. Er mußte vielmehr vor der That nicht nur seinen Prügel, sondern auch den seines Gefährten genauer besichtigt haben; auf der Flucht nach der That wäre es der Eiligkeit wegen nicht mehr möglich gewesen. Dadurch ist obiger Vorwand des Inculpaten völlig widerlegt. Ja, in der genauern Bekanntschaft Büttners mit beiden Instrumenten, welche zuverläßig für eine, seinerseits stattgehabte Vorbereitung der That spricht, könnte sogar ein Zweifel darüber gefunden werden, ob die Prügel gerade so vertheilt waren, wie Inculpat behauptet, und ob nicht etwa derjenige, an welchem nach Verübung des Verbrechens das Blut des Getödteten klebte, was vielleicht Inculpat erst bei Vorzeigung des Prügels wahrgenommen haben mag, nicht in Büttners Hand gewesen war.

Dabei kann es übrigens nicht auffallen, daß nur an dem einen Instrumente Blutspuren sich zeigten und aus diesem Umstande nicht der Schluß nothwendig folgen, daß nur jener Prügel bei der Mißhandlung gebraucht wurde: denn Schädelsprünge, mit Schlägen durch stumpfe Instrumente bewirkt, — veranlassen gewöhnlich keine äußere Blutung, und es war bei der Legalinspection außer den Gesichtsverletzungen, welche mit Blutaustritt begleitet seyn mußten, auch nur eine Kopfwunde äußerlich sichtbar.

Außer dieser Bewaffnung verdient auch Nachstehendes eine besondere Berücksichtigung in Bezug auf Büttners Mitwirkung bei der Mißhandlung selbst.

Der Bürgermeister Väth war ein kräftiger Mann. Er wurde plötzlich überfallen. Denn nach Beobachtung derjenigen Personen, welche ihn nach der an ihm verübten Gewaltthat zuerst am Boden liegend fanden, hatte er damals, seiner Gewohnheit gemäß, die Hände in den Taschen seiner Beinkleider verborgen. Es war ihm also bei dem Angriffe nicht mehr so viel Besinnung geblieben, um sich dem sonst natürlichen Gedanken zu überlassen, durch Benutzung der Hände dem Angriffe Widerstand entgegenzusetzen. Er rief aber, nach Büttners Angabe: „O Jesus!" Dieser Ruf wurde natürlich durch die Ueberraschung und den Schmerz des ersten Schlags expreßt, wie sich aus dem zuvor Bemerkten ergiebt, und was auch Büttner anführt. Jenen Ruf vernahm nun der gerade am Orte der That wohnende Zeuge Pahl, welcher darauf sogleich, ohne sich erst anzukleiden, an's Fenster eilte, von wo er den Getödteten liegen sah.

Nach Büttners Angabe war der Thäter nach Zufügung der letzten Mißhandlung erst in die Straße rechts vom Gänserthore gesprungen, was durch die dort vorgefundenen Blutspuren auch wahrscheinlich gemacht wird, indem diese dadurch entstanden seyn mochten, daß eine der bei der That zugegen gewesenen Personen mit den Füßen in das vom Verletzten strömende Blut getreten war und mit ihren Fußtritten dann das Blut verbreitete.

Jenen Weg verließ aber der Thäter alsbald wieder und folgte seinem Genossen in die Straße links vom Thore, in welcher die Prügel abgeworfen und gefunden wurden.

Damals nun, als Pahl an das Fenster kam, waren diejenigen zwei Personen, welche die Mißhandlung muthmaßlich verübt hatten, schon 20 Schritte von dem Geschlagenen und nur 2 — 3 Schritte von einander entfernt auf der Flucht. — Berücksichtigt man aber, daß die vielen an Väths Kopfe vorgefundenen Verletzungen nach gerichtsärztlichem Gutachten durch wenigstens 4 — 5 Schläge entstanden seyn mußten; so läßt es sich nicht wohl annehmen, daß nach dem auf den ersten Schrei erfolgten Hilferuf: „O Jesus," und bis zur Ankunft Pahls am Fenster, der eine Thäter noch so viele Zeit übrig gehabt habe, um noch 3 — 4 neue Schläge auf den inmittelst zu Boden gefallenen Bürgermeister zu führen, dann erst die Straße rechts zu betreten, in dieser sich umzuwenden und noch etwa 20 Schritte weiter in der Straße links fortzulaufen und den Büttner, welcher durch das Zurückbleiben Ullrichs bei Väth und die anfängliche Flucht nach der rechten Seite einen bedeutenden Vorsprung erhalten haben mußte, gewiß aber aus Leibeskräften vom Orte der That sich zu entfernen suchte, bis auf 2 oder 3 Schritte wieder einzuholen. Es rechtfertigte sich vielmehr, besonders da das Springen,

welches andere Zeugen, z. B. die Adelmannsche Ehefrau hörten, jenem Schrei und wie Neuf, der die Schläge fallen hörte, aussagt, diesen alsbald nachfolgte, eher der Schluß, daß beide Inculpaten, und zwar sehr schnell nacheinander, die weitern Schläge führten, dann gleichzeitig die Flucht ergriffen und der unbedeutende Vorsprung des einen der Thäter lediglich in der anfänglich nach der rechten Seite genommenen Fluchtdirection des Andern beruhte, indem sonst, wenn die Angabe Büttners wahr wäre, die auf den Jammerruf aufmerksam gewordenen Zeugen, namentlich Pahl, noch den mit Fortsetzung der Schläge allein beschäftigten Ullrich bei der That bemerkt haben dürften.

Es sind deßhalb die oben erwähnten beiden nahen Inzichten gegen Büttner durch die von ihm geltendgemachten Vertheidigungsmomente nicht entkräftet, und es kommt noch hinzu

3) daß Inculpat nach vollführter That mit dem, als Urheber derselben, von ihm bezüchtigten Inculpaten Ullrich eine mit so vieler Mühseligkeit verknüpfte, nicht gefahrlose Flucht durch den Gußgraben und mittelst Erklimmens des Fensters am Schwertwirthshause ausführte; so wie daß er nach Beginn der Untersuchung am 13. Juli v. J. auf eine ebenfalls gefährliche Weise, nämlich mittelst Durchschlüpfens durch den, mehr als 30 Schuh hohen Abtrittscanal und Uebersteigens einer Mauer aus dem Amtsgefängniße entfloh. —

Wenn durch alle diese Umstände auch nicht der volle Beweis geliefert wird, daß Inculpat Büttner wirklich der Urheber oder Miturheber der Tödtung des Bürgermeisters Bäth gewesen sei, so gewähren sie doch so hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß jener Inculpat nach §. 18 des Strafedikts der That selbst nur klagfrei erklärt werden kann.

Da aber jedenfalls aus dem Geständnisse und den dasselbe unterstützenden Inzichten, die Gewißheit sich ergiebt, daß Büttner denjenigen, welcher das Verbrechen nach seiner Angabe vollbrachte, mit dem Bewußtseyn, daß ein Angriff und eine Mißhandlung statt finden solle, an den Ort der That begleitete, daß er dann vor und während der That bei diesem Individuum verblieb, dadurch aber den Thäter, welcher sich vielleicht dem kräftigen Bürgermeister gegenüber allein nicht stark genug fühlte, ermuthigte, und falls es zur Gegenwehr gekommen wäre, sowohl durch seine Anwesenheit, als durch seine schädliche Waffe den Angegriffenen entmuthigt haben würde; daß er endlich dem Thäter noch durch die Begleitung auf der Flucht Schutz verlieh, so muß der Inculpat wenigstens als Theilnehmer an dem gedachten Verbrechen angesehen werden.

Was seine Bestrafung betrifft, so ist zu erwägen, daß, falls auch bei dem Hingehen nach dem Gänßerthore, dem Auflauern daselbst und dem Angriffe nicht die Tödtung des Bürgermeisters beabsichtigt gewesen seyn sollte, — Inculpat Büttner selbst in der Eigenschaft als Theilnehmer immerhin in einem groben Verschulden sich befand, weil er nach den von dem eigentlichen Thäter gewählten Werkzeugen welche, Büttners Geständniße zu Folge, vor dem Angriffe ihm hinlänglich bekannt waren, ebenso, wie jener, einsehen mußte, daß damit leicht der Tod des Angegriffenen herbeigeführt werden konnte, somit auch ihm, da er im Stande war, die Anwendung dieser Werkzeuge zu verhindern, er solches aber unterließ, eine rohe Unbesorgtheit um Menschenleben zum Vorwurfe gereicht, weßhalb nach Vorschrift des Art. 177 der P. G. O. verbunden mit §. 91 der Erläuterung zum Strafedikt, jedenfalls eine peinliche Strafe gegen ihn erkannt werden mußte.

Es ist ferner in Betracht zu ziehen, daß für die That selbst noch der in §. 71 Abs. k und l des Strafedikts erwähnte doppelte Schärfungsgrund vorliegt, Aufpassen und Angriff auf den gemeinschaftlichen polizeilichen Vorgesetzten der beiden Inculpaten, welche Schärfungsgründe unter den vorliegenden Verhältnissen auch auf den Theilnehmer der That fortwirken müssen.

Inculpat hat sich zwar darauf berufen, daß er am fraglichen Abende betrunken gewesen sei.

Es ergiebt sich jedoch zur Genüge aus der Untersuchung, daß seine Betrunkenheit, wenn sie überhaupt vorhanden war, keinen besondern Grad erreicht haben konnte, da Inculpat im Stande war, nach der That eine so bedenkliche Flucht auszuführen und auch noch im Verlaufe der Untersuchung selbst eine so detaillirte Auskunft über die Vorgänge am betreffenden Abend zu ertheilen. In jener behaupteten Trunkenheit kann daher kein Grund zur Strafmilderung gefunden werden.

III. Der Inculpat Ullrich hat jede Betheiligung bei der That in Abrede gestellt. Gegen ihn sind jedoch ebenfalls mehrfache Verdachtsgründe vorhanden.

Hiernach gehört vor Allem

1) die Bezüchtigung durch Büttner.

Da diese von einem wegen Theilnahme an demselben Verbrechen zur Untersuchung gezogenen Subjekte ausging, so ist ihr Werth zunächst nach den Grundsätzen zu würdigen, welche die P. G. O. über die Beweiskraft der Aussage eines Mitbeschuldigten aufstellt.

Unter die gemeinen Anzeigen, deren jede allein zu Erkennung der peinlichen Frage hinreichte, Art. 29 somit unter die nahen Anzeigen, denen sie den Werth eines halben Beweises beilegt, zählt sie im Art. 31 den Fall:

„wenn ein überwundener Missethäter, der in seiner Missethat Helfer gehabt, Jemand in dem Gefängnisse

angibt, der ihm zu seiner geübt erfundenen Missethat geholfen hat;"

und setzt dann die nähern Bedingungen fest, von deren Daseyn es abhängen soll, der Bezüchtigung den Werth einer nahen Inzicht beizulegen, wovon demnächst weiter die Rede seyn wird.

Aus der eben mitgetheilten einleitenden Bemerkung ergiebt sich vor Allem eine einfache Grundbedingung. Nämlich aus den Worten: „zu seiner geübt erfundenen Missethat" erhellt, daß der objektive Thatbestand des Verbrechens, auf welches die Beschuldigung sich bezieht, gewiß seyn müsse, worüber im vorliegenden Falle, nach dem, was schon oben erörtert wurde, kein Zweifel obwaltet; sodann will das Gesetz, daß der Bezüchtigende ein „überwundener" Missethäter sei.

Was unter dem eben wiederholten Ausdrucke „überwundener" zu verstehen sei, ist in dem Art. 31 nicht näher angegeben. Es wird derselbe jedoch vielfältig in dem peinlichen Gesetzbuche gebraucht.

Aus der Vergleichung anderer Stellen, z. B. der Art. 125, 126 und 132, besonders aber des Art. 61, welcher von einem Angeschuldigten spricht: „der durch Bekenntniß und Beweisung der That überwunden wird" ersieht man, daß der Gesetzgeber mit dem fraglichen Worte im Allgemeinen keinen andern Begriff verband als den, welcher in der neuern Gerichtssprache dem Worte „überwiesen" zukömmt.

In dieser Allgemeinheit darf jedoch das mehrgedachte Wort bei seinem Gebrauche in Art. 31 der P. G. O. nicht genommen werden, hier ist vielmehr das Beweismittel, durch welches der angeschuldigte Missethäter, der gegen einen Andern aussagt „überwunden" seyn muß, zunächst in dessen eignem Geständnisse zu suchen, das Wort überwunden dem Ausdrucke „geständig" gleich zu setzen, weil es nothwendig eine contradictio in adjecto enthielte, anzunehmen, Jemand, welcher eine Theilnahme an Verübung eines Verbrechens nicht einbekennt, vielmehr läugnet, könne einen Andern, als seinen Helfer, bei jener Unthat bezüchtigen.

Aus dieser beschränkenden Auslegung folgt, daß, sofern ein Angeschuldigter eines Theils derjenigen Thatsachen, aus welchen seine Mitwirkung zu Verübung eines gewissen Verbrechens zu entnehmen ist, geständig, eines andern Theils von Thatsachen aber, aus denen auf seine Betheiligung geschlossen werden muß, durch andere Beweismittel überwiesen wird, in Bezug auf seine Bezüchtigung gegen einen Dritten, als Urheber jenes Verbrechens oder Theilnehmer daran, nothwendig ein Unterschied zu machen ist zwischen dem Theile der Beschuldigung, welcher mit dem Geständnisse übereinstimmt und demjenigen, worin der Bezüchtigende seine eigene Schuld nicht anerkennt, weil nur in der ersten Beziehung der Bezüchtiger (durch sein Geständniß) selbst überwunden ist.

Es zerfallen deßhalb in einem solchen Falle die Beschuldigungen in zwei Abschnitte, von denen jeder eine getrennte Würdigung erfahren müßte. Nicht immer richtig wäre hierbei die Folgerung, wenn man den Theil der Bezüchtigung, hinsichtlich dessen zugleich die Selbstanklage vorliegt, deßhalb für verdächtig erachten wollte, weil das Geständniß nicht auf die weitere dem andern Theilnehmer etwa allein zugemuthete Schuld sich erstreckt; es käme jedesmal vielmehr auf die Umstände des einzelnen Falles an. Der einzig richtige Schluß bleibt immer nur der, daß die für das Geständniß eigener Theilnahme hinausgehende Bezüchtigung niemals die Kraft einer nahen Anzeige haben könne und es von der richterlichen Beurtheilung abhänge, in wie weit sie wenigstens als entferntere Inzicht dienlich sei.

Hinsichtlich dessen, was Inculpat auch als eigene Betheiligung zugesteht, sind nun in Bezug auf die gleichmäßige Bezüchtigung gegen Ullrich alle Requisite vorhanden, welche nach Art. 31 der P. G. O. die Bezüchtigung zur nahen Inzicht erheben würden. Denn Büttner hat schon bei seiner Verhaftung durch den Gardisten Platz und nachmals sogleich im ersten Verhöre, ohne daß der Untersuchungsrichter noch einen sonstigen Verdacht gegen Ullrich hatte, diesen bezüchtigt. Büttner widerrief die Beschuldigung nicht; es bestand zwischen ihm und Ullrich, wie dieser selbst zugibt, kein Verhältniß, aus welchem eine Abneigung des Erstern gegen Letztern entsprungen wäre. Die Aussage ist hinsichtlich der Umstände, unter welchen die Theilnahme Ullrichs stattgefunden haben soll, sehr ausführlich und nach der frühern Aufführung des letztgedachten Inculpaten, ließ es sich ihm zutrauen, daß er des Auflauerns und Mißhandelns des Bürgermeisters sich schuldig gemacht habe.

Es beruht demnach in jener Bezüchtigung eine nahe Inzicht dafür, daß Ullrich zu dem Zwecke des mehrerwähnten Auflauerns nach dem Gänßerthore ging, daß er dort einen Klafterstickel ergriff, dann, nachdem der Bürgermeister verletzt war, mit Büttner vom fraglichen Orte auf dem von jenem beschriebenen Wege entfloh, und unterwegs den Klafterstickel hinwegwarf.

2) Diese Beschuldigung findet in vielen Details mehrfache Unterstützung, wie sich aus Folgendem ergiebt:

a) Büttner will mit Ullrich nach Eintritt der Polizeistunde vor das Gänßerthor gegangen seyn und mit diesem dort rechts am Thore bei aufgesetztem Holze gestanden haben, als zuerst der Knecht des Bürgermeisters (Weilhard) zu ihnen gekommen sei und sie angesehen habe. Der letztgedachte Zeuge hat nun eidlich versichert, daß er an dem fraglichen Platze nach der Poli-

zeitstunde zwei Bursche stehen sah, von welchen er den Büttner erkannte.

b) Büttner behauptete, Ullrich habe damals keine Kappe auf dem Kopfe gehabt und sich vor dem gedachten Zeugen zu verbergen gesucht. Auch Weilhard deponirte, daß der zweite Bursche keine Kappe auf dem Kopfe hatte *), sich bückte und das Gesicht gegen die Mauer kehrte, um nicht erkannt zu werden.

c) Büttner gab an, daß sie zwei Klaftersticke l in der Nähe stehen hatten, und auch dieses wird von Weilhard bestätigt.

d) Dieses Zusammentreffen mit Weilhard muß ganz kurze Zeit vor dem Angriffe auf den Bürgermeister Statt gefunden haben; denn der Bürgermeister Väth war nach Visitation der Wirthshäuser und Schlichtung des Streits zwischen Seiz und Soldat Wolpert und Verhaftung des Bruders des letztern noch kurze Zeit bei dem Mohrenwirth auf der Straße stehen geblieben. Als er sich dann entfernte, war es, nach Deposition jenes Wirthes und des Gardisten Platz zwischen 10 ¾ und 11 Uhr, und es mochte nur etwa ¼ Stunde nach dieser Entfernung des Bürgermeisters von jenen Zeugen vergangen gewesen seyn, als Pahl zu denselben kam und sie von der Verübung des betreffenden Verbrechens benachrichtigte.

Der Weg, welchen der Bürgermeister vom Mohrenwirthshause zurückzulegen hatte, betrug ungefähr 4 Minuten.

Pahl hörte, nach seiner Angabe, etwa 10 ¾ Uhr (nach dem zuvor Bemerkten mag es aber zwischen 10 ¾ und 11 Uhr gewesen seyn) — den von Väth (gewiß auf den ersten Schlag) von sich gegebenen Ruf: „O Jesus". Er eilte ans Fenster, rief aus diesem um Hilfe, gieng nach gleichzeitiger Ankunft des Lorenz Reuf mit diesem zu dem mißhandelten Körper, betrachtete denselben, lief dann nach dem, 48 Schritte vor dem Thor gelegenen, Väth'schen Hause, wozu er etwa eine Minute gebraucht haben mußte, kehrte von dort zum Körper des Erschlagenen zurück und begab sich erst von da zum Mohrenwirthshause. Der größte Theil der Viertelstunde, welche nach Väths Entfernung von jenem Hause und bis zu Pahls Ankunft verfloß, fällt daher auf die Zeit, welche der letztgenannte Zeuge bedurfte, um die angegebenen Wege zurückzulegen und die Besichtigung des Körpers vorzunehmen.

Es darf daher angenommen werden, daß der Moment des Angriffs, welchem Bürgermeister Väth unterlag, 4 — 5 Minuten nach Entfernung des letztern vom Mohrenwirthshause eintrat.

Da man die Zeit, welche nachher Pahl zu den mehrerwähnten Gängen und sonstigen Handlungen nöthig hatte, wohl auf 10 Minuten bestimmen kann, so bestätigt sich auch hieraus wieder die Richtigkeit der schon oben ausgesprochenen thatsächlichen Behauptung, daß jener Zeuge unmittelbar auf den Hilferuf sich zum Herbeieilen bereitete und unmittelbar auf die ganz schnell nacheinander erfolgten Schläge ans Fenster gekommen ist.

Weilhard war nun nach seiner Deposition erst nach eingetretener Polizeistunde aus dem Engelwirthshause hinweggegangen und mußte zur Zurücklegung des Wegs bis zum Thore wohl einige Minuten verwendet haben, er hielt sich bei den Inculpaten auf und legte dann noch 48 Schritte bis zur Wohnung seines Dienstherren zurück, wozu er wohl auch noch eine Minute gebraucht hatte; der Angriff fiel aber, wie mit Wahrscheinlichkeit dargethan wurde, kurz nach 10 ¾ Uhr vor, — es blieb also nur noch ein ganz kurzer Zwischenraum zwischen der Ankunft des Zeugen bei den Inculpaten und jener des Bürgermeisters.

e) Vor der Ankunft Weilhards hatten die Inculpaten schon die Klafterstikel in Bereitschaft gesetzt, von denen der eine in den Boden gesteckt war.

Auch zu dieser Vorbereitung war einige Zeit erforderlich, so daß, wenn die Inculpaten 10 — 15 Minuten vor dem Bürgermeister am Thore angekommen waren, sowohl die fragliche Vorbereitung getroffen, als auch Weilhard nach Hause gegangen seyn konnte, ehe die Gräuelthat selbst vorfiel. Es ist daher noch zu ermitteln, wo die Inculpaten zwischen 10 ½ und 10 ¾ Uhr waren, um daraus auf die Wahrhaftigkeit der Büttnerschen Angabe hinsichtlich ihrer gemeinschaftlichen Anwesenheit vor dem Thore einen neuen Schluß zu bauen.

Büttner hatte, nach seiner Angabe und dem Zeugnisse des Ott, Bundschuh und G. Hauk in dem Momente das am westlichen Ende des Orts gelegenen Wirthshaus verlassen, als der Bürgermeister dort Feierabend bot und sich nach der ungefähr im Mittelpunkt des Städtchens gelegenen Kapelle begeben.

Da der Bürgermeister nach dem Feierabendbieten in jenem Wirthshause noch nach dem Rosenwirthshause und dem jenseits der Kapelle befindlichen Sternwirthshause sich begab, dort einen Streit schlichtete, den Wolpert verhaften ließ und nachher noch mit dem Mohrenwirthe sich unterredete, so hatte Büttner nach seiner eiligen Entfernung aus dem Adler einen bedeutenden Vorsprung vor dem Bürgermeister, er konnte daher, da der spätere Weg des letztern bis zum Thore beiläufig derselbe war, welchen Inculpat dorthin zurücklegen mußte, in der Zwischenzeit alle die erforderlichen Vorbereitungen am Thore treffen und dort auch die angezeigte Berührung mit Weilhard haben, ehe der Bürgermeister nachkam.

Ullrich entfernte sich nach seiner eigenen Angabe schon vor 10 ½ Uhr vom Sternwirthshaus; nach Aussage des Sternwirths war es beiläufig 10 ½ Uhr, als dieser dem Ullrich den Wiedereintritt in das Wirthshaus verweigerte. Es war daher auch dem Ullrich noch mehr als ¼ Stunde Zeit übrig bis zur That, und er vermochte auf keine Art nachzuweisen, wo und wie er dieselbe zugebracht hat. Er behauptet zwar um 10 ½ Uhr schon nach Haus gekommen zu seyn.

(Schluß folgt.)

*) Eben deßwegen schien es von großem Interesse, zu ermitteln, ob Ullrich an jenem Abend, als er seiner eigenen Angabe zufolge nach 10 Uhr in's Sternenwirthshaus gekommen, eine Kappe aufgehabt habe, wie von ihm behauptet worden. Der Gerichtshof hatte deßhalb die nachträgliche Einvernahme des Sternenwirths Söllner, seiner Ehefrau und Tochter über diesen Punkt angeordnet, die jedoch wegen der mittlerweile erfolgten Auswanderung dieser Leute nicht mehr bewerkstelligt werden konnte. Rosenwirth Schulz, bei welchem Ullrich fast um die nämliche Zeit nach seinem jungen Herrn gefragt hatte, konnte sich bei seiner nochmaligen Abhör nicht mehr erinnern, ob Ullrich damals mit einer Kappe versehen gewesen oder nicht.

D. E.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 37. Karlsruhe den 15. September 1838.

I.

Todtschlag.

(Beschluß.)

Diese Angabe ist aber durch die im Laufe der Untersuchung erhobenen Zeugnisse als völlig unwahr widerlegt worden. Das Schwertwirthshaus ist nämlich nur einige Schritte vom Stern entfernt, es war dem Inculpaten, auch wenn er den von ihm beschriebenen Weg genommen, nur wenige Zeit erforderlich, um nach Haus zu gelangen. Gleichwohl haben seine Hausgenossen auf das Bestimmteste versichert, daß er um die von ihm bemerkte Zeit noch nicht zu Haus war.

Sein Bettgenosse und Mitknecht, Andreas Gillig, hatte nämlich sich um 10 ½ Uhr erst zu Bette gelegt, damals auf die Uhr gesehen und sich von der Richtigkeit seiner Wahrnehmung hinsichtlich der Zeit vollkommen überzeugt, auch nachher noch beiläufig eine Viertelstunde gewacht, ohne daß Inculpat ankam; und die Wirthin, welche sich auch um 10 ½ Uhr erst zu Bette legte, wurde erst später, nachdem sie schon geschlafen hatte, durch seine Heimkunft wieder geweckt.

Das von Ullrich angeführte Alibi ist also nicht vorhanden, sein unwahres Benehmen in dieser Beziehung verstärkt daher ebenfalls die Bezüchtigung, daß er zur Zeit der Verübung des Verbrechens an dem Orte der That zugegen war.

f) Was das Verhalten der Inculpaten nach verübter That betrifft, so ist vollständig erwiesen, daß gerade zwei Mannspersonen unmittelbar darnach von dem Körper des Beschädigten hinwegflohen. —

Denn Lorenz Neuf, ein am fraglichen Platze wohnender Bürger, hörte bei dem Gänßerthore 3 oder 4 Streiche fallen, und unmittelbar darauf ein Springen, ohne übrigens die Zahl der Springenden unterscheiden zu können. Der mehrerwähnte Pahl aber beobachtete, als er auf den Hülferuf Bäths an sein Fenster getreten war, daß die Springenden zwei Mannspersonen gewesen. Die Frau des Martin Höffert, welche schlaflos im Bette gelegen hatte und stark springen hörte, sah, alsbald an's Fenster gegangen, zwei Bursche vom Gänßerthor herspringen. Franz Ditter hörte zwei springen und Catharina Adelmann, wie Pahl, durch einen Schrei geweckt, sah noch vor Pahls Hülferuf zwei Mannspersonen entspringen.

Nach Büttners Angabe war der eine davon er — der andere Ullrich.

Nach Aussage des Erstern sprangen sie durch die Straße links vom Gänßerthore. Die Zeugen Pahl, Höfferts Ehefrau und Katharina Adelmann sahen ebenfalls, daß die fraglichen zwei Mannspersonen gerade durch jene Straße liefen und der bei der Katharina Adelmann wohnende Peter Seiz hörte durch eben diese, an seiner Wohnung vorbeiziehende, Straße springen.

Nach Büttners weiterer Angabe war Ullrich etwas hinter ihm, weil dieser erst einen Augenblick in die Straße rechts vom Thore eingelenkt hatte. Auch dieses findet seine Unterstützung, indem Pahl bemerkte, daß die Bursche 2 — 3 Schritte von einander entfernt waren und die Katharina Adelmann aussagt, die Bursche seien einander nach, (also nicht neben einander) — gesprungen.

Die Bursche, welche von den Zeugen Pahl, Höffert und Adelmann beobachtet wurden, hatten überdieß, nach Erklärung der fraglichen Zeugen, dunkle Kleider an. Auch hierin beruht eine Uebereinstimmung mit Büttners Erklärung und dem Erfund an den Kleidern der beiden Inculpaten.

Auf der Flucht durch die erwähnte Straße wurden, nach Büttners Behauptung, die von ihm und Ullrich vor dem Gänßerthore ergriffenen Klafterstickel, und zwar bei dem Adelmannschen Hause, hinweggeworfen und bei diesem Hause waren in der nämlichen Nacht noch zwei Stickel gefunden worden, welche nach dem Ergebnisse bei der Untersuchung zu dem vor dem Gäßnerthore befindlichen Holze gehört hatten, — ihrer Beschaffenheit nach, sich ganz zur Zufügung der an Bäth bei der Inspektion und Sektion wahrgenommenen Verletzungen eigneten, und von denen auch der eine Prügel, wenigstens Spuren von Blut darbot.

Büttner hatte die fraglichen Werkzeuge dem Untersu-

chungsrichter schon vor deren Vorzeigung ziemlich genau beschrieben, und bei letzterer sie anerkannt.

Im Verlaufe der Flucht sprangen die Inculpaten, nach Büttners fernerer Aussage, durch den Gußgraben. Für die Wahrheit dessen spricht das eidliche Zeugniß des Franz Seubert, welcher in der verhängnißvollen Nacht des 18. Juni für den Nachtwächter Schmitt, namentlich um 11 Uhr die Nachtwache besorgte, und als er durch die rechts am Schwertwirthshause hinunterziehende Vorthaler Gasse zu dem links stehenden Hause des Spangler gekommen war, beobachtete, daß ihm zwei Mannspersonen entgegenkamen, und als dieselben ihn gewahr wurden, sich rechts von seiner und links von ihrer Richtung in einen Winkel zurückzogen.

Als er dahin ging, hörte er ein Geräusch, wie wenn jene in den an jener Stelle hinabziehenden, auf beiden Seiten mit 8 — 10 Schuh hohen Mauern versehenen und wenig Wasser enthaltenden Graben hinabgesprungen wären. Er will ihnen zugerufen, aber keine Antwort erhalten haben. —

Der fragliche Ort ist der Beschreibung nach ganz derselbe, an welchem Büttner in den Graben gesprungen war, und die Zeit trifft überein, da es nach Aussage des genannten Zeugen damals 5 — 6 Minuten nach 11 Uhr war. Ebenso paßt die von demselben beschriebene Kleidung der erwähnten Mannspersonen (dunkle Kleider und namentlich Wämser) — auf diejenigen, welche die Inculpaten am 18. Juni getragen hatten.

Büttner behauptet nun ferner, daß er und Ullrich durch das Gehen in jenem Graben unten an den Beinen naß geworden seien.

Büttners Kleider waren am Morgen nach der That auch wirklich naß befunden worden.

Die Aussagen der Zeugen, welche Ullrichs Kleider am Tage nach der That sahen, so wie die an diesen Kleidern später vorgenommene Untersuchung durch Sachverständige, setzen es ebenfalls außer Zweifel, daß Ullrichs Hosen auf eine Art feucht geworden waren, wie es nach der Lokalität des Grabens (der wenig Wasser enthält, und in dem viele hervorragende Steine sich befinden, von denen man leicht abgleiten und dann sich mit Wasser bespritzen kann) — in dem Falle geschehen seyn mußte, wenn Ullrich durch den Graben passirt war. Dieser Inculpat hatte, als er im Verlauf der Untersuchung wegen der Feuchtigkeit an seinen Kleidern befragt worden war, dieselbe in Abrede gestellt und keine mögliche Erklärung dafür anzugeben gewußt. Erst im Schlußverhöre versuchte er eine solche Erklärung, indem er sich darauf berief, daß er am Abende vor der That das Pferd seines Dienstherrn in die Schwemme geritten habe. Allein der Beweis dieser Thatsache wurde nicht geführt, und es liegen Gründe genug vor, um die fragliche Behauptung als einen nachträglich ersonnenen Nothbehelf ansehen zu können. Die Schwemme hat nämlich nur einige Schuh Wasser, so daß, bei weniger Vorsicht, Jemand, der ein Pferd hineinreitet, bei dem Hineinreiten nicht naß wird; jenes Wasser umgiebt aber zugleich den untern Theil der Beine der Pferde so viel, daß sie durch ihr Austreten nicht spritzen können. Hiezu kommt, daß nach Aussage des Pferdeigenthümers, Schwertwirth Gillig, Ullrich das Pferd am fraglichen Tage gar nicht zu besorgen hatte und nach Aussage des A. Gillig, daß dieser am gedachten Abend das Pferd gefüttert hatte, so daß also gar kein Grund dazu vorhanden gewesen wäre, aus welchem Inculpat das Pferd in die Schwemme zu reiten hatte. Ueberdieß muß Inculpat nach demjenigen, was durch die Untersuchung über seinen Aufenthalt und seine Beschäftigung am fraglichen Nachmittag und Abend ermittelt wurde, um die Zeit, in welcher er das Pferd in die Schwemme geritten haben will, entweder im Sternwirthshaus oder beim Einschenken im Schwertwirthshaus gewesen seyn; am wahrscheinlichsten an dem letztgedachten Orte, wie er auch selbst anfänglich angegeben hatte.

Endlich ist der Umstand zu beachten, daß, wenn jene von ihm nachträglich behauptete Thatsache wahr wäre, Inculpat derselben auch vor dem Schlußverhöre gedacht haben würde, da er gewiß während der ganzen vorherigen Dauer der Untersuchung auf alle mögliche Mittel sann, seinem System des Läugnens der Hauptschuld gemäß, auch jede einzelne, wenn auch noch so entfernten Verdachtsgründe zu beseitigen, da er alle wirkliche Begegnisse längst vor sein Gedächtniß zurückgeführt hatte und jenen Umstand dabei nicht vergessen haben würde.

Die letzte hieher bezügliche Behauptung Büttners besteht darin, daß er am Schlusse der Flucht mit Ullrich vom Hofe des Bürgers Berberich aus in eine Kammer im zweiten Stock des Schwertwirthshauses einstieg und aus jener über den Gang in eine daneben befindliche Kammer sich begab.

Hier ist zuerst die merkwürdige Uebereinstimmung beider Inculpaten zu berücksichtigen, daß auch Ullrich bei seiner Nachhausekunft in das Schwertwirthshaus von dem fraglichen Hofe her eingestiegen seyn will. Nur soll seiner Angabe nach, das Einsteigen von ihm durch eine andere Oeffnung in jenem Wirthshause, welche sich ebenso, wie die von Büttner angeführte Art des Einsteigens bei dem vom Untersuchungsrichter an Ort und Stelle eingenommenen Augenschein als ausführbar zeigte, bewirkt worden seyn.

Es kommt hier ferner die Uebereinstimmung darin in Betracht, daß Ullrich ebenfalls in jener Nacht in der von Büttner beschriebenen Kammer gewesen seyn will, nur bezeichnet er einen andern Weg, auf welchem er dahin gelangte.

Er erwähnte dieser Begebenheit jedoch nicht in dem Verhöre, in welchem er seine Nachhausekunft beschrieb, sondern erst später, als er sich aus der richterlichen Fragestellung

überzeugt haben mußte, daß dem Untersuchungsrichter aus der Deposition der Schwertwirthin schon die Anwesenheit des Inculpaten in jener Kammer bekannt war. Der Grund, welchen er zum Besuch derselben anführte, daß er nicht gerne zu And. Gillig gelegen sei, ist ohne allen Werth. Denn Ullrich hatte vor dem 18. Juni schon eine geraume Zeit über die Nacht im nemlichen Bette mit Gillig zugebracht, weßhalb man mit Recht fragen kann, warum es ihm erst in der fraglichen Nacht eingefallen seyn soll, eine andere Schlafstätte zu entdecken und zu dem Ende in der ihm schon von seiner frühern Dienstzeit her bekannten Kammer nachzusehen, ob sich ein Bett darin befinde.

Wäre indessen in jener Nacht sein Abscheu vor A. Gillig so unüberwindlich gewesen, so hätte er bei der damaligen Sommerszeit wohl auch mit dem in der Kammer vorgefundenen Strohsacke sich behelfen können und nicht nothwendig gehabt, nachher dennoch zu Gillig, wie wirklich geschah, sich ins Bett zu legen.

Eine noch weit wichtigere Harmonie der Angaben der beiden Inculpaten ergiebt sich ferner daraus, daß nach Aussage eines jeden derselben in dem Momente, als er oben an der Kammer war, die Schwertwirthin unten wach geworden seyn und gerufen haben soll: „Wer da?“ oder „wer ist da?“ und hierauf Ullrich als den Knecht des Hauses sich zu erkennen gab. — Die Wirthin selbst hat wirklich in der fraglichen Nacht, durch das oben im Haus entstandene Geräusch geweckt, von unten nach oben gerufen und bestätigt, daß ihr darauf Ullrich von oben antwortete. Sie behauptet zwar nicht „wer da“ — sondern den Namen ihrer oben wohnenden Tochter „Gretchen“ gerufen zu haben.

Indessen bleibt es immer denkbar, daß sie auch die von den beiden Inculpaten referirten Worte ausgesprochen und dieses wieder vergessen hat.

Da die Wirthin in jener Nacht nur einmal an ihrer Thüre unten erschienen ist, so bleibt gewiß, daß die Inculpaten, welche am folgenden Morgen nicht mehr zusammen gekommen seyn und mit einander gesprochen haben konnten, weil Büttner schon um 1 Uhr mit seinem Dienstherrn und Reinhard in den Wald fuhr und dort arretirt wurde, vor der Abfahrt aber im Bette gelegen und das Haus nicht verlassen hatte, — den Ruf der Wirthin gleichzeitig vernommen, daher, da dieser Ruf wohl schwerlich außerhalb des Hauses vernommen worden seyn würde, auch gleichzeitig im Schwertwirthshaus gewesen seyn mußten.

Büttner hat die innere Einrichtung der obern Kammer so beschrieben, wie sie damals nach Aussage der Eigenthümer und nach der eigenen Angabe Ullrichs beschaffen war. Wenn Büttner nun gleich früher bei dem Schwertwirth diente und in der Kammer schlief, sie daher damals gekannt hatte, so war er doch später nicht mehr in dieselbe gekommen und die Einrichtung hatte sich seitdem verändert, namentlich darin, daß früher ein vollständiges zum Gebrauch dienliches Bett darin sich befand, jetzt aber nur noch ein Strohsack oder Unterbett.

Büttner würde daher die neue Einrichtung der Kammer nicht gekannt haben, wenn er in der betreffenden Nacht nicht darin gewesen wäre.

Alle diese Thatsachen bestätigen, daß Ullrich und Büttner, nach Aussage des Letztern, zur selben Zeit im obern Theil des Wirthshauses und beisammen in der fraglichen Kammer waren.

Hiernach ist nun so viel als vollständig erwiesen, anzunehmen, daß Ullrich und Büttner zur Zeit der That am Gänßerthore waren und beide miteinander nach derselben in das Schwertwirthshaus flohen; es bleibt aber immerhin unaufgeklärt, welche Absicht er mit seiner dortigen Anwesenheit verband, ob diese namentlich gerade dahin gieng, den Bürgermeister zu mißhandeln oder einen Andern — welcher diese Mißhandlung unternahm, darin zu unterstützen.

In Bezug auf diesen Umstand fehlt es der Bezüchtigung an einer solchen Unterstützung durch andere Beweismittel, um jene zur Wahrheit zu erheben.

3) Es reihen sich an die Gewißheit der Anwesenheit Ullrichs am Gänßerthore zur Zeit der That und der Flucht nach derselben zwar nachfolgende Verdachtsgründe an:

a) Es hat Ullrich behauptet, am 18. Juni Abends um 10½ Uhr, also schon vor Verübung der verbrecherischen Handlung, aber in der Zeit in welcher die Vorbereitung zu deren Vollzug durch Hingehen nach dem Gänßerthor und Aufsuchen der Prügel getroffen worden seyn mußte, zu Hause gewesen zu seyn. Gegen dieses behauptete Alibi, liegt aber, wie schon gezeigt, ein vollständiger direkter Gegenbeweis vor. Es ergiebt sich daraus der Schluß, daß der Inculpat den wahren Ort seines Aufenthalts nicht angeben und den Untersuchungsrichter durch ein falsches Vorgeben täuschen wollte, offenbar in der Absicht, den auf ihm ruhenden Verdacht zu entfernen.

b) Ohngeachtet Ullrich, wie gezeigt, völlig überführt ist, daß er in dem Momente, in welchem Bäth am Gänßerthore angegriffen und mißhandelt wurde, an dem fraglichen Platze gewesen seyn mußte und mit einem Prügel sich versehen hatte, so wie, daß er unmittelbar nach Verübung des Verbrechens mit Büttner die Flucht ergriffen hat; so wurde von ihm dennoch j e d e einzelne, hierauf bezügliche Thatsache hartnäckig widersprochen. Wäre er unbetheiligt gewesen, so dürfte er dasjenige, was er beobachtet hatte, und beobachtet haben mußte, angeben. Er hätte in jenem Falle denjenigen Dritten, welcher die Mißhandlung dem ersten Ortsvorgesetzten zufügen wollte, daran hindern müssen. Er würde endlich nicht eine so gefahrvolle und beschwerliche Flucht unternommen haben. Das erwähnte

vielfache wahrheitswidrige Benehmen des Inculpaten begründet nothwendig eine weitere Inzicht, welche dadurch noch an Bedeutung gewinnt, daß Inculpat auch hinsichtlich mancher anderen Thatsachen, welche er später zugab, deren Verfänglichkeit er aber entweder nicht einsah oder hoffte, beseitigen zu können (z. B. seine Anwesenheit im obern Stocke des Schwertwirthshauses) — die frühere Verheimlichung mit der vor Gericht wohl bekannten und oft zur Genüge gewürdigten Redensart: „es sei ihm das Betreffende erst später beigefallen" — entschuldigen wollte.

c) Gerade die gedachte Flucht selbst (erwiesen durch die Bezüchtigung Büttners in Verbindung mit den oben erwähnten Zeugenaussagen über die Kleidung der vom Thatplatze entflohenen und in den Gußgraben gesprungenen Bursche, dem Erfund an Ullrichs Kleidern und der Feuchtigkeit an seinen Hosen, hinsichtlich welcher ihm der versuchte anderweitige Erklärungsgrund mißlang; endlich der Scene im Schwertwirthshause) — gehört nach Art. 25 der P. G. O. ebenfalls hieher.

d) Wie schon oben bei Würdigung der Schuld Büttners erörtert worden, waren die Verletzungen Bäths von der Art, daß, nach der kurzen Zeitdauer, innerhalb welcher sie zugefügt worden seyn mußten, die Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß sie durch mehr als eine Person zugefügt worden waren. Es befand sich aber außer dem Verletzten selbst und den beiden Inculpaten, so weit dieses durch die Untersuchung ermittelt werden konnte, Niemand zu der betreffenden Zeit am Gänsterthore.

e) Wenn auch Büttner den Ullrich beschuldigt, daß dieser allein auf Bäth geschlagen habe, was nicht als wahr oder wahrscheinlich angenommen werden kann, so ist doch unter der Behauptung des alleinigen Handelns von Seiten Ullrichs immer das minus, daß Ullrich mit Hand angelegt hat, inbegriffen.

Wenn ferner, wie oben nachzuweisen versucht wurde, auch in dieser Beziehung die Bezüchtigung Büttners keine nahe Anzeige bildet, weil der Beschuldiger selbst nicht ebenfalls seine weitere Mitwirkung bei der Mißhandlung zugestanden hat, so kann der fraglichen Bezüchtigung in dem beschränktern Maße — nämlich reducirt auf die Mitwirkung Ullrichs bei der Mißhandlung — doch der Werth einer entfernten Inzicht nicht abgesprochen werden, da in den unter den vorhergehenden Nummern erwähnten Umständen mehrfache Gründe für die Wahrscheinlichkeit jener Thatsache beruhen, Büttner aber, abgerechnet, daß er selbst sich der verdienten Strafe durch Abläugnen seiner eigenen Thätigkeit zu entziehen sucht, in den meisten andern Punkten, wie die oben gegebene Zusammenstellung seiner Aussagen mit andern Depositionen und Erfunden darthut, sich aufrichtig ausgesprochen, seine Bezüchtigung gegen Ullrich in der Confrontation diesem gegenüber, lebhaft und energisch wiederholt hat, und kein unfreundliches Verhältniß zwischen den beiden Inculpaten bestand, aus welchem sich muthmaßen ließe, daß eine in den wesentlichen Beziehungen falsche Beschuldigung hätte gemacht werden wollen.

f) Das Benehmen Ullrichs nach der That gibt weitere Anzeigen, indem derselbe nach dem Zeugnisse seiner Hausgenossen (Schwab, Franz und Andreas Gillig) — den 19. Morgens, als von der Tödtung des Bürgermeisters Bäth die Rede war, den Erstaunten und Unglaubigen spielte, während er doch zuverläßig Kenntniß von dem Verbrechen und dessen Urheber haben mußte; — indem er ebenso nach Aussage des L. Bayerstättel und des A. Gillig die Vermuthung äußerte, daß Büttner unschuldig sei;

g) indem er ferner, in das Gefängniß gebracht, durch Vermittlung des Gerichtsboten Löhr seiner Dienstherrschaft im Schwerte eine Angabe über den Zeitpunkt seiner Nachhausekunft am 18. Juni suggeriren wollte, und diese Zeit auf einen solchen Moment fixirte, in welchem das Verbrechen noch nicht verübt war.

Allein auch diese Momente reichen zur Ueberweisung dafür nicht hin, daß Ullrich selbst Urheber oder Miturheber oder auch nur Gehülfe gewesen sei.

Durch Alles dieses wird er übrigens in so hohem Maße verdächtigt, daß die Klagfreierklärung sich rechtfertigt. Zieht man indessen einerseits diese vielfältigen Verdachtsgründe in Betracht, und erwägt man andererseits, daß die große Zahl der auf den Kopf des Bürgermeisters Bäth mit mit sehr schädlichen Instrumenten geführten Schläge und die dadurch entstandenen, von den Thätern schon bei Anwendung eines geringen Menschenverstandes voraus zusehenden gräulichen Zerstörungen (welche nicht bei zufälligem Zusammentreffen, sondern nach einem vorbereiteten Angriff zugefügt wurden) — genügende Wahrscheinlichkeit geben, daß der Angriff nicht bloß von der Absicht, eine Mißhandlung zu verüben, sondern mit dem Vorsatze der Lebensberaubung verbunden war; demnach die That, als ein überlegter Angriff auf Menschenleben angesehen werden kann, so mußte gegen den Inculpaten Ullrich der §. 10 des St. E. in Anwendung gebracht und gegen ihn wenigstens ein Sicherheitsverhaft erkannt werden. Die Dauer desselben wurde nach Beachtung aller Umstände bestimmt. Der Ort des Vollzugs aber ist, da Inculpat bis jetzt noch nicht wegen peinlichen Verbrechens bestraft wurde, in Gemäßheit des schon erwähnten §. 10 des St. Edikts, verbunden mit Art. III. §. 18 des Ed. vom 22. Juni 1826 (Rggsbl. Nr. XVII.) das Arbeitshaus in Pforzheim.

IV. Die Untersuchungskosten fallen dem Inculpaten Büttner allein zur Last, da er, wenn auch ein anderer Thäter zugleich ermittelt worden wäre, immer sammtverbindlich für dieselbe zu haften gehabt hätte. Strafedikt §. 19. Landrechtssatz 1382 d.

Die Kosten des Strafvollzugs hat Büttner zu tragen, die Kosten des Sicherheitsverhafts Ullrichs aber sind aus der Staatskasse zu bestreiten, da der Verhaft lediglich als polizeiliche Vorsichtsmaßregel eintritt.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 38. Karlsruhe den 22. September 1838.

I.

Gutachten über die Ansprüche eines entlassenen Waldmeisters der Stadt Fr. auf Entschädigung und Pensionirung.

Die mir zur Einsicht und Begutachtung mitgetheilten Dienstakten des Herrn Forstinspektors K. und insbesondere die darin vorkommenden Vorstellungen, resp. Beschwerden desselben, stellen zweierlei Ansprüche an die hiesige Stadt dar, nämlich

1) eine Entschädigung für die vom Jahr 1824—1829 der Stadt provisorisch geleisteten Dienste, und

2) eine lebenslängliche Pension als städtischer Waldmeister nach der Dienerpragmatik.

Ad 1) Der Magistrat hat durch Schreiben vom 18. März 1824 den herrschaftlichen Forstinspektor K. ersucht, die Besorgung der technischen Geschäfte in den städtischen Waldungen bis zur Wiederbesetzung der erledigten Waldmeistersstelle gegen reglementmäßige Diäten zu übernehmen und Herr K. hat mit Genehmigung der großherzoglichen Oberforstkommission diesem Provisorium sich unterzogen.

Als der Magistrat durch Schreiben vom 31. Dezember 1827 Herrn K. seinen einstimmigen Beschluß eröffnete, ihm den Waldmeisterdienst mit der höhern Orts ausgeworfenen Besoldung definitiv zu übertragen, machte er am Schlusse des Schreibens folgende Zusicherung:

„Ueber die vierjährige provisorische Dienstbesorgung behalten wir uns vor, unsern besondern Dank nachzutragen."

Dieser Dank bestand in dem, erst im Jahr 1829 von dem Magistrat gestellten Antrag, auf einer Remuneration von 1000 fl., den aber das großherzogliche Kreisdirektorium in seinem Beschlusse vom 13. Oktober 1829 nicht genehmigt, sondern dem Stadtamt auf seinen Bericht erwiedert hat.

„Nachdem Forstinspektor K. die frühere provisorische Besorgung der hiesigen städtischen Waldamtsgeschäfte ausdrücklich ohne Gehalt, bloß gegen den Bezug der geordneten Diäten übernommen hat und ihm solche auch nur auf diese Art übertragen wurden, so hätte man auch nicht erwarten sollen, daß jetzt, nachdem Forstinspektor K. nunmehr mit einer zu seinen Gunsten sehr vergrößerten Besoldung, den Dienst wirklich erhalten hat, gegen die frühere Zusicherung eine Remuneration für die verflossene Zeit verlangt werde. In jedem Fall kann auf den Remunerationsantrag nicht eingegangen werden, sondern derselbe wird hiermit als unstatthaft zurückgewiesen."

Herr K. hat zwar in einer Vorstellung an das großherzogliche Ministerium des Innern die Gründe des Kreisdirektoriums zum Theil gründlich widerlegt, aber seine Vorstellung nicht an das Ministerium abgehen lassen, vielmehr nur bei dem neuen Gemeinderath seine Vorstellungen fortgesetzt, welch letzterer ihm durch Beschluß vom 4. Juli d. J. für die vor seiner Anstellung geleisteten Dienste und in Form eines Vergleichs für seine Person 200 fl. jährlich auf die Rentkasse unter den Bedingungen anweisen will, wenn er (Herr K.) seine Zufriedenheit damit schriftlich und unter Verzicht auf alle weitere Ansprüche, auch mit dem Anhang erkläre, in Fällen des Urlaubs oder der Verhinderung des Waldmeisters, auf Verlangen, Aushilfe zu leisten.

Meine Meinung geht nun dahin, daß Forstinspektor K. im Rechtsweg mit einer Entschädigungsforderung für die provisorisch geleisteten Waldmeistersdienste der Stadt nicht austreten kann, da es hiezu an einem Klaggrunde fehlt. Er hat im Auftrag des damaligen Magistrats gehandelt, ein Mandatar kann aber, wenn nicht ausdrücklich ein Honorar stipulirt worden ist, keine Belohnung fodern, weil der Mandatscontrakt seiner Natur nach unentgeldlich ist. Nur Entschädigung im beschränkten Sinne, d. h. Ersatz der nothwendigen Auslagen und Erlittenheiten, in Folge der Geschäftsführung, ist der Gewaltgeber seinem Beauftragten schuldig und mehr hat auch der Magistrat dem Herrn K. in seinem Auftragsschreiben nicht versprochen, sondern ausdrücklich nur gegen den Bezug der geordneten Diäten die provisorische Dienstleistung von Seiten des Herrn K. er-

wartet und dieser auch ohne weitere Ansprüche das Provisorium übernommen.

Zwar hat Herr K. bei der Annahme des Auftrags ausdrücklich unterstellt, es werde das Provisorium nicht lange dauern, und dennoch hat es über volle vier Jahre angestanden, bis der Waldmeisterdienst definitiv wieder besetzt worden ist; allein, es lag in dem freien Willen des Herrn K., seine Dienste jederzeit dem Magistrat aufzukünden, oder, wenn dieser auf Fortsetzung in ihn drang, sich eine bestimmte, oder angemessene Belohnung dafür auszubedingen. Von einem solchen Versprechen des Magistrats zur Zeit der provisorischen Dienstleistung finde ich nichts in den Akten, daher ich annehmen kann, Herr K. habe durch die Erlangung der definitiven Anstellung als Waldmeister und durch den Bezug der ihm erst mit dem wirklichen Antritte des städtischen Dienstes zu laufen angefangenen Besoldung, sich belohnt genug und zufrieden gefühlt.

Hiernach muß ich dem Herrn K. von Anstellung einer gerichtlichen Klage abrathen, es wäre denn, der damalige Magistrat hätte dem Herrn K. während der Dauer des Provisoriums eine Belohnung ausdrücklich pro praeter zugesagt und er könnte darüber mit bestem Wissen und Gewissen ein Zeugniß der betreffenden, noch am Leben befindlichen Magistratsglieder sich ausstellen lassen, wodurch dann eine vertragsmäßige Verbindlichkeit zur Entschädigung hergeleitet und bewiesen werden könnte *). In diesem Falle würde ich aber auch rathen, mit dem Zeugnisse bewaffnet, vorerst wieder im administrativen Wege per modum restitutionis gegen die allegirte Kreisdirektorialverfügung bei der großherzoglichen Kreisregierung und im Fall der Abweisung bei dem großherzoglichen Ministerium **) die angetragene Belohnung geltend zu machen.

*) Eine solche Zusicherung des Gemeinderaths ohne Staatsgenehmigung würde wohl keine rechtliche Verbindlichkeit der Stadt begründet haben. D. R.

**) Die Administrativbehörden könnten nur dann, wenn die Gemeindebehörden freiwillig den Besoldungsnachtrag oder die Remuneration bezahlen wollten, dazu die Staatsgenehmigung ertheilen. Verweigern aber die Gemeindebehörden selbst eine solche Zahlung, so könnte die von den Administrativstellen einzuholende Staatsgenehmigung keinen Erfolg haben. Der Streit, ob die Gemeinde zur Zahlung sich rechtlich verbindlich gemacht habe oder nicht, könnte nur vom Civilrichter entschieden werden. Eine obervormundschaftliche Nöthigung der Gemeinde, wie sie am Schlusse des §. 18 der Org. Beilage B. von 1809 gestattet war, findet nach der neuen Gemeindeordnung nicht mehr Statt, und die Gemeinde kann gegen ihren Willen zu einer Zahlung nach §. 131 der Gemeindeordnung von den Staatsbehörden nur alsdann angehalten werden, wenn es sich um eine Schuldigkeit handelt, welche durch allgemeine Gesetze und Verordnungen begründet ist, und über welche (wie z. B. bei öffentlichen Lasten) nach der Natur des Gegenstands der Administrativbehörde statt dem Civilrichter das Erkenntniß zusteht. Diesen Grundsatz hat das Ministerium des Innern von 1832 — 1837 schon in vielen Dutzend Fällen anerkannt. D. R.

Ad 2) Hat der Gemeinderath in seinem obenerwähnten Beschluß vom 4. Juli d. J. das Pensionsgesuch des Herrn K. für ungegründet erklärt und zwar mit Anführung folgender Gründe:

a) der Dienstvertrag sei ein Bevollmächtigungsvertrag und nach L. R. S. 2003 jeden Augenblick widerruflich, oder durch Widerruf erloschen;

b) dieselbe Bestimmung enthalte der §. 15 der Beilage B. zum Organisationsedict vom 26. Nov. 1809 in Ansehung aller Gemeindebeamten;

c) die Vorstellungen des Forstinspektors K. enthalten keine Behauptung, daß ihm jemals eine Unwiderruflichkeit oder eine Pensionsfähigkeit in seiner Eigenschaft als städtischer Waldmeister zugesichert worden sei, es könnte eine solche Behauptung auch nicht gerechtfertigt werden, weil sie mit dem Anstellungsdekrete vom 24. März 1827 und mit dem Inhalte der Dienstakten in offenem Widerspruch stünde. Derselbe habe demnach weder einen durch das Gesetz noch durch Vertrag begründeten Anspruch auf eine, nach dem durch Widerruf erloschenen Dienstvertrag fortlaufenden Belohnung oder Pension.

Allein

ad a) verwechselt der Gemeinderath die Begriffe von einem bloßen Auftrag und einem Dienstvertrag, oder der Uebertragung eines Amtes. Ein Auftrag kann nach L. R. S. 2004 (nicht 2003) vom Vollmachtgeber widerrufen werden, nicht so verhält es sich in der Regel bei dem Dienstvertrage; ist in dem Inhalte desselben die Dauer nicht ausdrücklich bestimmt, so ist sie aus der Natur des Dienstes (Amtes) zu erklären. Hat der Dienst einen fortdauernden Zweck für den Staat oder die Gemeinde, und enthält die Anstellungsurkunde keine besondere Schranken, so spricht die rechtliche Vermuthung für die Anstellung des Dieners auf Lebenszeit, vorausgesetzt, daß er nicht durch sein Verschulden Anlaß zur frühern Entfernung vom Dienste giebt. Wendet man diese durch Gesetz und die Praxis bei uns bestätigte Doctrin *) auf die Anstellung des Forstinspektors K als Waldmeister der Stadt Fr. an, so leidet die Unwiderruflichkeit seines Dienstes aus der Natur und Beschaffenheit desselben keinen Zweifel, wenn man erwägt, daß dem Waldmeister die forstwissenschaftliche Behandlung, Kultur

*) Zu wünschen wäre, daß hier das Gesetz angeführt worden wäre, auf welchem der wohl gewagte Satz beruhen soll, daß jeder Dienstverding oder Anstellungsvertrag im Zweifel als auf lebenslang abgeschlossen gelte, wenn der Gegenstand der Dienstleistung einen fortdauernden Zweck habe. D. R.

und Bewirthschaftung der städtischen Waldungen übertragen worden und daß diese Geschäftsführung gleich ihrem nothwendigen Zwecke von ewiger Dauer seyn muß.

Ad b) Diese Regel der Unwiderruflichkeit des Amtes wird durch die bezeichnete Stelle der Beilage zum Org. Edict vom 26. Nov. 1809 nicht aufgehoben, sondern nur bestärkt, nach dem bekannten Satz: „*exceptio firmat regulam*." In dieser Stelle sind folgende Gemeindsdienste, als der Ortsvorgesetzten, Rathsglieder oder Gerichtsmänner, Gerichtsschreiber und der Ortspolizeidiener für widerruflich erklärt. Mit dieser Stelle ist der unmittelbar vorausgehende §. in Verbindung zu setzen, welcher sagt: „die Raths- und Gerichtsdiener und andere niedere Ortspolizeiämter bestellt der Stadtrath oder das Gericht."

Mit diesen genannten Gemeindsämtern kann der Waldmeisterdienst des Forstinspektors K. durchaus nicht in eine und die nämliche Kathegorie gestellt werden. Bei der erstern liegt es in der Natur der Sache oder in politischen Gründen, daß ein öfterer Wechsel in den Personen der Gemeindediener eintrete, auch ist es von geringerer Wichtigkeit, welchen Personen die niedern Ortspolizeiämter anvertraut sind; ganz anders verhält es sich mit dem Dienste des Waldmeisters, dessen Natur keinen Wechsel eines neuen mit einem erprobten Geschäftsmanne, sondern vielmehr des letztern Beibehaltung und Benutzung seiner Kenntnisse und Kräfte, so lange er sie zu leisten im Stande ist, erfordert. Darum ist auch das Waldmeisteramt unter den widerruflichen Diensten im Org. Edicte nicht aufgezählt und schon dieser Umstand spricht gegen die Behauptung des Gemeinderaths. Daß die Entfernung des städtischen Waldmeisters (später Förster genannt) nicht von der Willkühr des Gemeinderaths abhänge, sondern nur mit höchster Genehmigung des Großherzogs geschehen konnte, hat selbst die großherzogliche Forstpolizeidirektion in ihrem Erlaß an das Forstamt vom 8. April v. J. Nr. 747, unter Bezug auf das Forstgesetz und die Vollzugsverordnung vom 1. Mai 1834 bemerkt, so wie denn auch vermög der höchsten Entschließung aus dem großherzoglichen Staatsministerium vom 3. August desselben Jahrs Seine königl. Hoheit die vom Gemeinderath beabsichtigte Entlassung des Waldmeisters genehmigt hat. Aus der Nothwendigkeit dieser erfolgten höchsten landesherrlichen Genehmigung und aus den in den Berichten des großherzoglichen Forstamts entwickelten Gründen zur anderweiten Besetzung des Dienstes geht unverkennbar hervor, daß eine Aufkündung oder Widerrufung des Dienstes des Waldmeisters nicht in der Macht des Gemeinderaths gelegen ist.

Es ist aber auch mit dieser höchsten Genehmigung der Entlassung des Waldmeisters K. keine Widerruflichkeit seines Dienstes ausgesprochen, vielmehr ist sie nach den der höchsten Behörde vorgeschobenen Gründen von angeblicher Unfähigkeit des Waldmeisters zur fernern Dienstführung wegen Altersschwäche u. s. w. nur als eine Zuruhesetzung (Quiescirung) anzusehen, wodurch die Natur und Bedingungen der Dienstanstellung nicht alterirt worden sind.

Ad c) Ist eine offenbar irrige Angabe des Gemeinderaths, daß die Unwiderruflichkeit des dem Waldmeister K. übertragenen Dienstes und dessen Pensionsfähigkeit mit seinem Anstellungsdekret vom 24. März 1829 (nicht 1827) und mit dem Inhalte der Dienstakten im Widerspruch stehe.

Das Fr. Dekret enthält eigentlich nicht die Bestallung des Waldmeisters, sondern nur die Kreisdirektorialgenehmigung der für ihn angetragenen jährlichen Besoldung, dennoch ist aus dessen Fassung leicht zu erkennen, daß sie einen fortdauernden Dienst unterstellt und liefert daher dem Gemeinderath keineswegs Stoff zu seiner Behauptung der Widerruflichkeit.

Zudem bedingt das Dekret an seinem Schlusse die Anweisung der Besoldung des zum städtischen Waldmeister gewählten Forstinspektors K. an die vorhergehende Entlassung desselben aus landesherrlichen Diensten. Grade dieser Umstand giebt die Absicht beider Theile, des damaligen Magistrats und des Forstinspektors K., deutlich zu erkennen, das Waldmeisteramt auf Lebenszeit letzterm zu übertragen und zu übernehmen. Nur in dieser Voraussetzung hat K. seine Entlassung aus dem Staatsdienste mit einer geringen Pension ausgewirkt, und auf ein bald zu hoffendes Avancement im Staatsdienste als Forstmeister und in Folge desselben eine zu gewärtigende höhere Pension Verzicht geleistet.

Es wäre ja vom Forstinspektor K. gegen den gesunden Menschenverstand gehandelt gewesen, seine Vortheile als Staatsdiener gegen ein Versprechen des Stadtraths aufzugeben, das dieser nach Belieben widerrufen dürfte.

Gegen eine solche leichtsinnige Handlungsweise sprechen aber die Akten und Verhandlungen, wo nicht mit dürren Worten, doch im Geiste; und im Nothfalle kann K. sich auf das Zeugniß der damaligen Gemeinderathsglieder berufen, wie es mit der Anstellung und Belohnung bei den deßfallsigen Verabredungen und Unterhandlungen gemeint war.

Ueber allen Zweifel aber setzt die bisherige Observanz der Stadt die Unwiderruflichkeit der städtischen Forsteidienste, so wie die Pensionsfähigkeit ihrer in diesem Fache Angestellten, zu deren Beweis K. sich auf die Pensionirungen der Förster L., G., Försters Wittwe M., K. und der Vorfahren des Herrn K., Waldmeisters Herrn W. beruft.

Womit könnte der Gemeinderath bei dem Herrn K. eine Abweichung von dieser Observanz rechtfertigen, da Herr K. seine treuen und nützlichen Dienste der Stadt bis dahin geleistet hat, und sogar deren Fortsetzung noch mit Nachdruck angeboten hat, als man von Seite des neuen Gemeinderaths und des großherzoglichen Forstamts bereits den Gedanken gefaßt hatte, ihn von seiner Stelle zu entfernen?

Nach Recht und Observanz kann Herr K., der, wie gedacht, seine Quiescierung (genannt Entlassung) aus eigenem Verschulden sich nicht zugezogen hat, auf einen Ruhegehalt Anspruch machen, und da sein Dienst gleiche Natur mit einem Staatsdienste gehabt hat, auch unter Staatsaufsicht gestanden ist, so finden auch die Bestimmungen des Staatsdieneredicts bei ihm analoge Anwendung, daher sein Pensionsgesuch nach der Dienerpragmatik zu behandeln seyn wird.

S. W. Donsbach.

II.

Ueber Entbindung von der Instanz und die dagegen Statt findenden Rechtsmittel.

Eimer gegen Reck.

In einer bei dem Amt Bühl erhobenen Klage hat Kläger wegen Entfernung um Zulassung des schriftlichen Verfahrens. Das Amt verwarf den Antrag und ordnete Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung an. Kläger blieb aus und wiederholte schriftlich sein früheres Ansuchen um schriftliches Verfahren, Beklagter erschien und bat um Entbindung von der Instanz. Dieses verfügte das Amt, und dagegen erhob Kläger eine Beschwerdeführung an das Hofgericht, womit er eventuell eine Appellationseinführung verband. Das Hofgericht verwarf die Beschwerde als unstatthaft, „in Erwägung, daß die vom Unterrichter auf den Grund des §. 309 der P. O. verfügte Entbindung des Beklagten von der Instanz unter die Fälle des §. 1244 der P. O. sich eben so wenig subsumieren läßt, als unter den Art. 3 des Gesetzes vom 3. Aug. v. J., zumal, als dem Kläger durch diese Verfügung die beliebige Wiederanstellung seiner Klage nicht abgeschnitten ist.“ Zugleich wurde der Anwalt nach §. 1214 der P. O. vorgeladen, um die Zuläßigkeit der eventuell eingeführten Appellation nachzuweisen. Auf die deßfallsige Ausführung des Anwalts wurde die Appellation ebenfalls als unstatthaft verworfen, und zwar „nach Ansicht des §. 309 der P. O. und des Art. 10 der Prozeßnovelle vom 3. Aug. 1837, in Erwägung, daß gegen Versäumungserkenntnisse, welche in der Hauptsache nicht entscheiden, Appellation nur in Verbindung mit dem Rechtsmittel gegen das Endurtheil in der Hauptsache geltend gemacht werden kann, in Erwägung, daß das unterrichtliche, den Beklagten von der Instanz entbindende, Erkenntniß nur als ein Versäumungserkenntniß, welches jedoch in der Hauptsache nicht entscheidet, zu betrachten ist.“

Wären die angeführten beiden Entscheidungen des Hofgerichts richtig, so stände dem Kläger, dessen Gegner von der Instanz entbunden wird, gegen solche Entscheidung des Unterrichters überall keine Beschwerde an den Oberrichter offen, er müßte sich vielmehr lediglich beruhigen, und seinem Rechte durch neue Betreibung vor dem Unterrichter Eingang zu verschaffen suchen. Damit wäre aber der Kläger unter Umständen völlig rechtlos gestellt, wenn nämlich der Unterrichter auf seinem frühern Ausspruch beharrt, und keine weitere Ladung gegen den Beklagten erkennt. Aber auch selbst, wenn auf weiteres Betreiben des Klägers anderweite Ladung erkannt wird, so hat der Kläger wenigstens, außer der Pflicht des Kostenersatzes, alle Vortheile der frühern Ladung verloren, was unter Umständen von großer Bedeutung seyn kann. (P. O., §. 257 bis 259). Es läßt sich daher nach dem System unserer Prozeßordnung nicht annehmen, daß gegen Entbindung des Beklagten von der Instanz dem Kläger kein Rechtsmittel an den Oberrichter zustehe, und es wird sich nur darum handeln, die entsprechende Analogie in der Prozeßordnung aufzufinden, da diese eine ausdrückliche Bestimmung hierüber allerdings nicht enthält.

Unter die Fälle des §. 1244 wird man die Entbindung des Beklagten von der Instanz allerdings nicht zählen können, obwohl dieselbe in ihren Wirkungen einer unbedingten Justizverweigerung gleich kommen kann, dagegen steht jene Entscheidung einer Ladungsversagung offenbar ganz gleich. Es ist zwar gegen den Beklagten bereits Ladung erkannt worden, allein dieselbe wird mit allen ihren Wirkungen wieder aufgehoben, ohne daß über den Anspruch des Klägers selbst erkannt wird. Das Nämliche geschieht aber alsdann, wenn der Kläger auf eine vom Beklagten vorgeschützte verzögerliche Einrede angebrachtermaßen abgewiesen wird. Gegen diese Art der Abweisung hat aber die Prozeßnovelle vom 3. August 1837 (Art. 3) das Rechtsmittel der Beschwerdeführung ausdrücklich statuirt, das nämliche Rechtsmittel wird daher auch dann Statt finden müssen, wenn der Beklagte von der Instanz entbunden wird. Man will zwar neuerdings behaupten, daß nach einmal erkannter Ladung eine Klage gar nicht mehr „angebrachtermaßen“ verworfen werden könne, sondern durch das richterliche Fragrecht zu helfen sei (vgl. Annalen 1838, Nr. 27), allein diese Ansicht ist wohl offenbar irrig, wenn man bedenkt, daß es prozeßhindernde verzögerliche Einreden gibt, welche, wenn sie als solche vorgeschützt und für begründet gefunden werden, nur eine Abweisung der Klage „angebrachtermaßen“ zur Folge haben können, weil, wenn der Beklagte mit Recht die Einlassung in der

Hauptsache verweigert, auch ein Erkenntniß über letztere nicht erfolgen darf *), und wenn man ferner bedenkt, daß der Kläger auch dann „angebrachtermaßen" abzuweisen ist, wenn er einer vom Richter im Lauf der Verhandlung in der Hauptsache als begründet erkannten einfachen verzögerlichen Einrede nicht abhilft, wenn er z. B. die auferlegte Sicherheit für die Prozeßkosten nicht stellt. Für diesen Fall hat die Prozeßordnung (§. 299) sogar ausdrücklich den Stillstand der Verhandlungen verfügt, und dieß ist nichts weiter, als eine Abweisung des Klägers „angebrachtermaßen" **), oder eine Entbindung des Beklagten von der Instanz. Auch in den Fällen, wo der Richter zur Aufklärung der Sache Fragen stellt, der Kläger aber solche nicht beantwortet, kann unter Umständen nur eine Abweisung „angebrachtermaßen" erfolgen, wenn z. B. der thatsächliche Vortrag der Klage so unvollständig ist, daß der Richter über den materiellen Anspruch des Klägers gar nicht urtheilen kann ***).

Wenn nach dieser Ausführung die Entbindung des Beklagten von der Instanz einer Abweisung des Klägers „angebrachtermaßen" nach Bedeutung und Folge ganz gleich ist, nämlich darin, daß der Kläger aus formellen Gründen vorläufig abgewiesen, über den Anspruch selbst aber nicht erkannt wird, und wenn die Schriftsteller des gemeinen Rechts die Entbindung von der Instanz auch als Folge der zögerlichen Einreden des Beklagten bezeichnen, wo nach dem Sprachgebrauch der Prozeßordnung die Klage „angebrachtermaßen" abgewiesen wird (vgl. Mrelin Civilprozeß, §. 164, 166), so wird man, hingesehen auf L. R. S. 4 a, keinen Anstand nehmen dürfen, auch gegen unterrichterliche Entscheidungen in der Form der Entbindung des Beklagten von der Instanz der Rechtsmittel der Beschwerdeführung nach Art. 3 der Prozeßnovelle zuzulassen. Eine Appellation gegen solche Verfügungen möchte allerdings nicht statthaft seyn, und zwar im Fall des §. 309 der P. O. aus den oben angeführten Entscheidungsgründen, weil man diesen Fall in der That als ein in der Hauptsache nicht entscheidendes Versäumungserkenntniß betrachten kann, in diesen und andern Fällen aber auch aus dem allgemeinen Grunde, weil nicht über den Streitgegenstand selbst erkannt wird, die Entscheidung vielmehr einer Abweisung des Klägers „angebrachtermaßen" gleich zu achten ist, gegen welche nur das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, und keine Appellation zur Hand genommen werden kann.

Haaß.

*) Daraus folgt noch nicht, daß der Kläger angebrachtermaßen abgewiesen werden muß, welche Form das Gesetz nur für eine Art der *Ladungsversagung* (§. 359), und nicht als Erkenntniß über *Einreden* vorschreibt. Wird der Beklagte in Folge einer verzögerlichen Einrede von der Einlassung befreit, bis der Kläger einer ihm gemachten Auflage nachgekommen sei, so ist dieß noch keine Abweisung des Klägers angebrachtermaßen, bei welcher, da dabei die Ladung nach §. 359 gar nicht erkannt wird, auch die Wirkungen der Ladung (§. 257) nie eintreten. D. R.

**) Es wäre wohl offenbar eine grobe Verletzung des Gesetzes, wenn der Richter im Falle des §. 299 während des Laufs der Verhandlungen, vielleicht gar noch in einer höhern Instanz, den Kläger angebrachtermaßen abweisen wollte, statt, wie der §. 299 ausdrücklich vorschreibt, den bloßen *Stillstand* der Verhandlungen *für so lang* zu verfügen, bis der Kläger die geforderte Kaution geleistet haben werde. Wird die gesetzliche Vorschrift befolgt, so wird das Verfahren nur *unterbrochen*, sodann, nach geleisteter Kaution, wenn inzwischen nicht nach §. 302 der Rechtsstreit erloschen ist, in dem Standpunkte und in der Instanz, wo die Unterbrechung eintrat, wieder *fortgesetzt*, während bei einer Abweisung angebrachtermaßen wieder mit einer *neuen* Klage *von vornen* angefangen werden muß, was geradezu doppelte Kosten und doppelten Zeitaufwand veranlaßt. D. R.

***) Wenn eine Partei die Fragen, welche eine Vervollständigung oder nähere Bestimmung ihres Angriffs- oder Vertheidigungsmittels bezwecken, nicht beantwortet, so wird ihr Angriffs- oder Vertheidigungsmittel nach §. 342 nicht bloß *angebrachtermaßen*, sondern *definitiv* verworfen. D. R.

III.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet. *)

3. Seyn und Denken.

(Fortsetzung.)

So wie das Recht ein Seyn hat, so hat der Schein des Rechts auch Seyn, und ist auch das Seyn des Scheines ein unwahres Seyn, welches gerade dann verschwindet, wenn es sich geltend machen will, und hat auch das Recht die Macht über das Unrecht, und wird das scheinbare Rechtseyn auch im wirklichen Conflikte mit dem wahren und wesentlichen Seyn des Rechts nicht bestehen und ausharren können, so hat dieser *Schein* doch oft ein *unmittelbares* Seyn, das wenigstens so lange besteht, als ihm sein Gegentheil nicht bestimmt entgegentritt, wo es dann dieser *Negation* zu widerstehen *nicht wesenhaft* genug ist.

Alles Wesen des Rechts und alle letzten Bestimmungsgründe findet der Jurist nur im Denken; denn wie es auch mit den andern Menschen stehe, sein *Seyn* ist jedenfalls nur Denken. Wie Christen alle sind aber vielleicht ebenfalls zum Denken gewiesen; wir suchen alle die letzten Bestimmungsgründe unseres Handels an demselben Punkte. Seitdem das Gewissen eine so entschiedene Rolle zu spielen angefangen hat, oder wohl gar deßwegen, war die Selbstgewißheit des klaren Denkens weniger unwichtig, als jemals. So lange die Menschen die letzte Entscheidung über wichtige Angelegenheiten des Staats und des Einzellebens nicht, wie wir, in der Tiefe ihres eigenen Selbstbewußtseyns und

*) Diese nicht streng in den Plan der Annalen passenden rechtsphilosophischen Aufsätze werden an der zugesicherten Bogenzahl gar nicht in Aufrechnung gebracht, sind also für die Abonnenten ein reiner Gewinn. D. R.

im Denken zu suchen die Kühnheit hatten, sondern in Orakeln und anderem Aeußerlichen das höchste Wissen und die bestimmende Willensentscheidung suchten, war das wichtigste Moment menschlicher Freiheit noch gar nicht im Seyn des Menschen vorhanden, und die sich selbst bestimmende Gewißheit und das Beisichseyn und Fürsichseyn des Geistes hatte, da es noch nicht als nothwendige Funktion eines Bewußtseyns erkannt war, auch noch nicht die Persönlichkeit mit dem Begriffe der Freiheit so innig verwebt enthalten können, als dies bei uns, wo das Ich entschieden als wollen dürfend anerkannt wird, nothwendig ist. Sobald man also das uralte γνῶθι σεαυτόν näher zu begreifen anfing, zeigte sich schon in der Entfaltung dieses Keimes, daß er das Wesen des Geistes enthalte, und alles Fortschreiten unseres Geschlechtes mit allem intellektuellen Leben damit bezeichnet ist. „Der Geist solle sich selbst erkennen" war offenbar nichts anderes, als daß er erkennen solle, was er ist, sein Seyn solle er denken. Der Mensch (und er ist Geist und Denken), welcher klar erfaßt hat, was an ihm ist, und wie seyn Seyn beschaffen ist, ist durch diese ruhige Einsicht in seiner Erkenntniß und geistigen Stellung und geistigem Seyn weiter geschritten, und wer über seine Zustände und Bestrebungen und Leidenschaften zu völlig klaren Gedanken gekommen ist, ist durch diese Aufnahme seines früheren Seyns in sein Denken im Denken vorangerückt. Einen anderen Weg der Bildung und des Voranschreitens gibt es nicht.

Alle Vorstellung und Gedanken, alle Sätze in Wissenschaften und Gedankenverkehr überhaupt, alle Grundsätze und Bestimmungen in Recht und Sitte haben ein Seyn im Denken; aber daß sie im Denken der Menschen sich als ein unmittelbares Seyn vorfinden, und das Begriffenseyn derselben, so daß sie in der Form eines Begriffes im Bewußtseyn vorhanden seien, das sind zwei völlig verschiedene Dinge. Und wenn auch die reichste Idee im Anfange nur als ein noch unentwickeltes keimartiges bloßes Seyn im Denken liegen kann, ehe sie alle Entwicklungsmomente im Bewußtseyn, bis zu ihrer Verwandlung in eine völlig begriffene Idee durchlaufen hat, so ist doch dieses Vorhandenseyn des Gedankenkeimes die Bedingung aller weiteren Explikation und Denkbewegung. Wer das noch unentwickelte unmittelbare Seyn eines Gedankens umgehen und sogleich mit dem Begriffenhaben beginnen wollte, würde die Ordnung der Natur des Denkens umkehren und das Unmögliche wollen. Da nun alles Denken faktisch mit Seyn anfängt, und damit anfangen muß, und die Einheit des Denkens und Seyns überall zu Tage tritt, wenn man einmal darauf aufmerksam geworden ist, so dürfte auch das Seyn als erster Grundstein alles Denkens in einer Logik bei dem Juristen kaum mehr Widerstand finden, als bei der unbefangenen Jugend, und jedenfalls weniger Auffallendes für den gesunden und einfachen Menschenkopf haben, wenn einmal die vielen Umschweife, wegen des Widerspruchs aus anderen Denkstellungen, nicht mehr nöthig sind, und man auch in den Schulen mit den einfachsten Gedanken zu beginnen sich gewöhnt hat.

Die Aecker und Bäume sind, die Häuser und Städte und alles was in ihnen ist, sind auch und Dampfschiffe sind auch an vielen Orten, kurz alle Naturobjekte und alle Menschenwerke haben für das Bewußtseyn die Bedeutung, überhaupt zu seyn; und so gut Flüsse und Berge sind, ebenso gut hat Sonne und Mond ein Seyn, und wie unsere relativ kleine Erde ist, so sind wir von allen Sternen und der ganzen unendlichen Welt, die wir nur im Denken uns annäherungsweise vorzustellen vermögen, zu denken genöthigt, daß sie sind. Alles Seyn der Natur und äußeren Dinge, theils schnell wandelbar, theils, wenn wir es an unserem eigenen Seyn messen, lange bestehend, alles äußere Seyn, in seiner unermeßlichen Unendlichkeit ist aber noch lange nicht alles Seyn, denn wo wäre dann das sittliche Seyn, das Seyn der Gesetze und geistigen Gewalten und auch das selbständige Seyn des denkenden Geistes? Alles Seyn überhaupt ist also, als leer gedacht von allem diesem vielfarbigen Inhalte, ein reines Seyn, und nichts weiter, als Seyn. Dieses reine Schattenwesen des Seyns, diese Hülle und Form alles Seyenden ist ein reiner, einfacher Gedanke, und dieses reine Seyn ist nirgends anders, als nur im Denken, denn nur im Denken ist das rein Allgemeine und alle äußerliche und vereinzelte Weise des Seyns ist in ihm als reiner Kategorie abgestreift und abstrahirt. Das völlig abstrakte Seyn sei nur Denken, war man zu sagen genöthigt. Sobald der Mensch auch nur das Geringste begreifen wollte, auch nur das völlig Unbedeutende, das Seyn, war er schon in's Denken geworfen und in die Allgemeinheit und reine Freiheit von allem Aeußeren. Und wenn auch dieses erste Seyn des Denkens noch ganz inhaltlos war, so erforderte doch gerade diese völlige Abstraktion eine Kraft, die, wenn sie auch noch Nichts weiter erreicht hatte, als nur den reinen Gedanken, doch den ersten Menschen, der, unseres Wissens, es zu dieser höchsten Abstraktion trieb (er war ein Grieche und hieß Parmenides) zu seiner begeisterten Freude über seine Entdeckung berechtigte, wie sie uns noch in seinen Fragmenten dann auffallend ist, wenn wir selbst die Energie unseres Geistes, der von Allem wegzusehen und nur im Denken sich zu halten im Stande ist, niemals versucht haben. Betrachte das Geringste in der Welt, sagte Vanini, nur einen Strohhalm, und du wirst das Daseyn Gottes zuzugeben genöthigt; feiner und geistreicher, als dieser Neuere, meinte der alte Grieche, daß wenn man

das Unbedeutendste und was weiter noch gar *Nichts* sei, nur das reine *Seyn*, überlege, man schon einen *reinen Gedanken* habe. Mit diesem einfachsten Gedanken das Denken zu beginnen, war wenigstens nicht minder genial, als mit der Definition des Punktes die Geometrie, was auch ein griechischer Kopf wagte.

Das *Unmittelbare* heißt also Seyn, alles *Gesetztseyn*, alle *Existenz*, auch das *gleichgültige Bestehen* heißt Seyn, die *Ausdehnung* und die *Aeußerlichkeit* überhaupt nennt man Seyn, und wie Seyn die *absolute Abstraktion* bezeichnet, so bedeutet es auch das *Wahrhafte* und das *Wesen*; und mit Recht, denn alles in die Unmittelbarkeit hervorgegangene Wesen ist nichts weiter, als Seyn. Das Seyn, das ist, weil es ist, und das als diese absolute Vermittlung seiner mit sich selbst auch *Substanz* genannt wird, heißt gewöhnlich schlechtweg Seyn; und daß der Gedanke Gottes sein Seyn in sich schließe, so gut, als das *Seyn* den *Gedanken*; und daß man deßwegen schon das bloße Seyn eine *Realität* genannt hat, lag auch nahe, und daß man alles reelle Seyn *ideell* aufzufassen veranlaßt war, begreift sich, wenn man einsieht, daß doch am Ende jedes *einzelne* Seyn nichts anderes seyn kann, als irgend eine *Seite* der Idee. Alles lebendige und im Zusammenhang gedachte Seyn und alles todte und nur unmittelbare und *unbegriffene* Seyn, alles *selbstständige* und alles *vermittelte* Seyn, kurz der ganze Kreis des Seyns mit allen seinen Bestimmungen und Formen ist nur ein *Schein* und ist weiter nichts, als *Werden zum Wesen*, und die ganze Reihe unmittelbarer und einfacher Denkbestimmungen, die in allen Formen als ein Seyn bezeichnet werden können, tritt erst durch das Wesen zu wirklicher *Existenz* hervor. Das Seyn trägt wohl die Qualität und ist *Element* und kann nicht fehlen, aber alles Seyn ist *Wesen*, wenn es wahrhaft ist und *existirt*; das nur unwesentliche Seyn wäre gar kein Seyn, muß aber auch betrachtet werden, und wenn man, in halbpassender Vergleichung eine universale Logik mit Dante's göttlichem Werke vergleichen wollte, so ist Hölle und Fegfeuer und Seyn und Wesen, zu Himmel und Begriff unentbehrlich; und wenn auch alle *wesentlichen* Denkbestimmungen, sobald sie *begriffen* werden, fast ebenso *relativ* und unvollkommen erscheinen, als die bloß seienden; und das gewöhnliche Denken, das sie für *absolut* ansieht (darin liegt eben das Irren und das Leben der Menschen) als nur von einem Irrschein zum anderen schwebend erkannt wird, so ist doch auch aller Denkschein und Irrthum, als wenigstens in seinem Wesen an den Begriff gebunden, interressant, denn nur in den *Gedanken* ist es, worin der Mensch *irrt* und die *Wahrheit* findet.

4. Der Wille.

Der Gedanke ist das eigentliche Element des Menschen, und daß er eingesehen hat, wie im Grunde alle seine Verhältnisse auf Gedanken stehen, das war ein großer Fortschritt. Daß man erkannt hat, wie Recht und Staat auf dem *Willen* basirt sind, und damit auf dem *Denken* selbst, dazu war Geist nöthig. Und wenn auch manche, zuerst Rousseau und dann Fichte, den *einzelnen* Willen als solchen, und damit nur das *Gemeinschaftliche* als Vereinigung der Einzelnen, was man richtig Vertrag nannte, für das *allgemein* Vernünftige angesehen haben, so lag in allen diesen Abstraktionen immer das Große, daß die Gewalt des Gedankens anerkannt und daß das Vernünftige und das Denken als solches gewollt war. Ohne diese Versuche, Staat und Recht auf den *einzelnen* Willen zu basiren, wären wir jetzt nicht dahin gekommen, den *allgemeinen* vernünftigen Willen als Substanz des Staats und Idee des Rechts in dem Maaße anzuerkennen, daß wir jetzt entschieden behaupten dürfen, nur das *Vernünftige* und klare *Gedanken* seien in Staat und Recht das Höchste. Was klare Vernunft sei und wie haltbare Gedanken erworben werden, das ist freilich damit noch nicht gegeben, aber daß es das zufällige Denken des Einzelnen nicht sei, was in den wichtigsten Angelegenheiten entscheiden dürfe, er sei an der Spitze stehend, oder in der Menge, dies einzusehen ist schon viel; und wie vage auch der Begriff der Vernunft bei ihm noch seyn mag, so steht der Mensch doch schon hoch, der das *Vernünftige* als solches will und darunter jedenfalls etwas Allgemeines versteht.

Nun giebt es freilich verschiedene Arten der Allgemeinheit, und folglich ist auch das, was man allgemeinen Willen nennen kann, verschiedenartig. Im Vertrage z. B. ist ein allgemeiner Wille vorhanden, den man aber richtiger als gemeinsamen bezeichnet, indem man unter dem Ausdruck Gemeinsamkeit diese bestimmte Form der Allgemeinheit versteht, worin der subjektive Wille, sich wenigstens über sich selbst erhebend, doch einmal einen andern Willen auch anerkannt.

Daß also der bloß gemeinschaftliche Wille Einzelner der vernünftige Wille nicht sei, dieß hier bemerkt und so den nächsten Mißverstand abgewendet zu haben, ist nicht genug, weil dieß zu der Meinung führet, als ob nun das völlig Unbestimmte und Vage das eigentliche Allgemeine sei; und das Streben nach Freiheit des Willens hat auch nachweislich, als man einmal jenen nächstliegenden Mißverstand den Staat als bloßen Vertrag zu fassen, zu ahnen anfing, sogleich dahin geführt; wo sich dann gezeigt hat, daß auch dieses Gegentheil, abgesondert gefaßt, nicht die volle Wahrheit enthielte. Man hatte sich z. B. und nicht ohne guten

Verstand (der Verstand ist immer das einseitig Richtige), Mühe gegeben, zu zeigen, daß es vernünftiger sei, wenn Landstände nicht nach Art der älteren Konstitutionen europäischer Monarchien die besonderen Interessen der Nation repräsentirten, sondern wenn die Abgeordneten das Beste des Volkes überhaupt im Auge hätten. Diese Vernünftigkeit ist nichts anderes, als das moderne Freiheitsprinzip, wornach der völlig unbestimmte und ganz abstrakte Wille der Individuen als solcher repräsentirt werden soll. Daß dadurch die Repräsentation der wirklichen Interessen des Volks dem Zufalle anheimgestellt sei, dieß ist eben so gut durch die Erfahrung bestätigt, als in dem logischen Denken begründet, und darum hat auch das, was nothwendig ist, daß der bestimmte Wille einen bestimmten Inhalt habe, faktisch nie völlig umgangen werden können, und es hat noch keine Landstände gegeben, die sich um die Wünsche und Bedürfnisse ihrer Committenten gar nicht gekümmert hätten, und nur Theorien und Ideen gefolgt wären, außer in Zuständen der Revolution, wo alles Bestehende mit seinen bestimmten Forderungen wankend oder gar schon im Falle begriffen war. Wir sehen dies auch sogleich ein, wenn wir von dem Volkswillen reden und sagen, daß die Repräsentaten desselben den wahren Willen des Volks auszusprechen haben. Bei einer Erklärung hierüber sind wir sogleich genöthigt zu sagen, wir meinten damit nicht, daß jeder zufällig Einzelne aus dem Volke eine Einsicht in dessen Bedürfnisse habe, sondern wir stellen uns vor, daß einige Verständige einsehen, was es bedarf, und also vernünftiger Weise wollen sollte, und dieß, was ihm eigentlich gut ist, nennen wir den wahrhaften Willen des Volks. Mag nun dieses höchste Gut und Bedürfniß eines Volks aus verschiedenen Standpunkten noch so verschieden bestimmt werden, der allgemeine Wille des Volks wird von Niemanden als aggregat aller einzelnen Willen gedacht, sondern das Allgemeine desselben liegt immer in der Idee, daß das für vernünftig Angesehene als allgemein wirklich genommen wird. Ob man aber nun irgend eine leitende Idee der Zeit zu verfolgen, oder bestimmt daliegende Bedürfnisse einzelner Korporationen oder Individuen zu befriedigen für das Vernünftigere halte, das ist damit noch gar nicht gesagt, und wenn das Volk nicht in besonderen Abtheilungen ganz bestimmte Instruktionen geben kann, so hat es, wie bekannt, nur an der Gesinnung und dem Charakter der Abgeordneten einen Halt. Die unbestimmte Freiheitsidee und das subjektiv zufällige Gewissen sind also auch hier enge verschwistert; wie sich denn überhaupt die Hauptrichtung der Zeit in keiner ihrer Gestaltungen verbergen kann.

Ebenso entdeckt sich die ganze Natur des Willens, und wie das Subjektivseyn desselben so wesentlich ist, als seine Objektivität, und umgekehrt, wenn wir ihn mit der Freiheit so in Beziehung denken, daß wir, wie wir gewöhnt sind, die Subjektivität als ihren Boden ansehen. Freiheit ist nur ein anderer Ausdruck für das, was man auch Wille an sich nennen kann; und der Wille ist an sich und in seiner Idee etwas völlig Abstraktes und bloße Einbildung, wenn er nicht in der Existenz als subjektiver Wille eine Realität erlangt hat, die wir wirkliche Freiheit zu nennen pflegen. Wenn also die subjektive Freiheit, ohne objektive Idee und vernünftigen Inhalt, etwas Hohles ist, so ist die Freiheitsidee ohne freies Subjekt etwas Unwirkliches; und wir wollen daher Subjektivität und Objektivität, Realität und Ansicht, Wirklichkeit und Idee nicht trennen, sondern wir wollen die vernünftige Idee der Freiheit im Staat und seinen Bürgern verwirklicht sehen, und auch über die Art und Weise, wie diese Einheit der Idee und des Daseyns, die wir Wirklichkeit nennen, am besten erreicht werden könne, zu deutlichen Begriffen zu gelangen suchen.

Wenn man nimmt, daß schon unter den gewöhnlichsten Lebensverhältnissen und bei den unumgänglichsten Bedürfnissen und ihrer Befriedigung, da alles Einzelne Produkt und Eigenthum wollender Individuen ist, die Willen der Menschen mit den Dingen und ihrem Gebrauche so verflochten sind, daß höchst scharfsinnige Untersuchungen in diesen bestimmten Verwicklungen und Bewegungen des thätigen Willens und der die Befriedigung der Bedürfnisse bezweckenden Arbeit auf einen wirksamen Verstand und einfache Prinzipien und Gedanken geführt haben, so ist, so wenig als die Staatsökonomie die Wissenschaft genannt werden könnte, welche die Verbindung des Wollens und des Denkens als philosophische Einsicht erschwerte, ebenso wenig schon dieses, was allen Verträgen vorhergeht, der in diesen an's Tageslicht tretenden Einheit des Willens und Wissens entgegen. — Und wollen wir das Verwebtseyn des Denkens in den Willen noch anschaulicher haben, so dürfen wir uns nur an die Ausführung von Zwecken erinnern. Die Ausführung meines Zwecks bringt meinen Willen mit dem Willen anderer Leute in positive Beziehung, und nun sind drei Fälle möglich: daß entweder mein Wille oder ihr Wille, oder unser beider Wille, geschieht. Und wie der ganze Weg bis zu diesen Endpunkten der Erreichung des Zwecks, so gut als der Zweck selbst, nichts anders als Denkbewegungen sind, das braucht nur erwähnt zu werden, um zugegeben zu seyn.

(Fortsetzung dieser rechtsphilosophischen Aufsätze folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.

Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. | N^ro. 39. | Karlsruhe den 29. September 1838.

I.

Kann der zur Volljährigkeit gelangte Minderjährige nur seine ohne Zuzug seines Vormunds vorgenommenen Rechtsgeschäfte wegen Verkürzung umstoßen, oder bezieht sich diese Umstoßung auf die von seinem Vormund vorgenommenen den Minderjährigen verkürzende Rechtsgeschäfte.

Zur Erläuterung der L. R. S. 1304 — 1314. und 1123 — 1125.

Ein Kläger wollte neulich ein von seinem Vormund während seiner Minderjährigkeit abgeschlossenes Rechtsgeschäft nach L. R. S. 1305 wegen Verkürzung umstoßen. Das Amt erkannte auch darauf, das Hofgericht dahier änderte dagegen das Urtheil ab, weil es von der Ansicht ausgieng, daß der L. R. S. 1305 nur von den Rechtsgeschäften spreche, welche der Minderjährige ohne Zuzug seines Vormunds abgeschlossen habe. Die vom Vormund unter Beobachtung der sonst erforderlichen Formlichkeiten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte könnten wegen Verkürzung nicht umgestoßen werden.

Ich war ganz allein gegen die vier andern Votanten der entgegengesetzten Meinung, daß der Minderjährige die von ihm allein eingegangenen Rechtsgeschäfte, insoweit das Gesetz davon keine Ausnahme mache, wegen Unfähigkeit als nichtig anfechten und die von seinem Vormund eingegangenen Verträge, insofern das Gesetz keine Ausnahme deßhalb aufstelle, wegen Verkürzung umstoßen könne, und mußte gewissermaßen wegen meines Alleinseins erschrecken. Ich war dadurch jedenfalls aufgefordert, um so sorgfältiger über diese Streitfrage nachzuforschen, und erlaube mir die Ergebnisse meines Nachforschens hier mitzutheilen, und damit die obige Frage zur Besprechung zu bringen, da sie an schwerer praktischer Bedeutung wohl kaum einer aus dem Wege zu gehen hat.

Vor allen Dingen ist nun anzuerkennen, daß die Streitfrage, ob die vom Vormund eingegangenen Rechtsgeschäfte vom Minderjährigen wegen Verkürzung umgestoßen werden können, weder im L. R. S. 1305 noch sonst wo ausdrücklich und auf eine allgemeine Weise im Gesetz entschieden ist, und daß sie daher aus der Zusammenstellung der hieher einschlagenden Gesetzesstellen, und aus der Vergleichung ihres Inhalts und ihrer Folgen abgeleitet werden muß. Und weiters will ich hier voranschicken, daß ich mich auf einen Unterschied zwischen einer Nichtigkeits- oder Umstoßungsklage, oder Widereinsetzung in den vorigen Stand nicht einlasse. Schon Brauer zu L. R. S. 1304 Bemerkung 208 erkennt an, daß auf eine verschiedene Benennung wenig ankomme. Der Zweck aller dieser Klagen ist die Aufhebung eines Rechtsgeschäfts, und in wie weit und auf welche Art es aufgehoben wird, daß muß sich aus dem der Klage unterliegenden Rechtsgrund, und nicht aus der Benennung der Klage entscheiden.

Fangt man nun in Zusammenstellung der hier einschlagenden Gesetzesstellen von vornen an, so findet man, daß der L. R. S. 1108 unter den wesentlichen Erfordernissen der Gültigkeit der Verträge die Fähigkeit Verträge zu schließen anführt, und wo also einem Vertrag die Fähigkeit eines Vertragstheils zum Abschluß desselben mangelt, ist der Vertrag ungültig. Es ist dieses auch sehr begreiflich. Jeder Vertrag beruht vor allem auf die Einwilligung der Vertragstheile — est duorum in idem placitum consensus. Die Einwilligung beruht aber vor allem wieder auf dem Zustand der Willensfreiheit und der gehörigen Verstandeskraft, und wenn nun ein Mensch nach seinen natürlichen Verhältnissen noch nicht zur gehörigen Höhe der Unterscheidung der Dinge, und Ueberlegung der Sachen gekommen ist, so kann er keine gehörige Einwilligung abgeben, ist also unfähig einen auf einer gesetzlich beschaffenen Einwilligung beruhenden Vertrag einzugehen.

Die Unfähigkeiten zu Verträgen beruhen aber theils auf dem Gesetz, wie die Unfähigkeit der Ehefrau ohne Ermächtigung des Ehemanns, theils auf der Natur, und da nun die Natur lehrt, daß der Mensch in seiner Jugend noch nicht die Verstandesreife hat, welche nöthig ist um mit Ueberlegung und Unterscheidung sich zu Rechtsgeschäften

zu entschließen, so hat die Gesetzgebung aller nur etwas gebildeter Völker den Minderjährigen, im Allgemeinen betrachtet, für seine Person rechtsunfähig zur gültigen Abschließung von Rechtsgeschäften erklärt. Dieses geschieht denn auch in unserm Landrecht wo im S. 1124 die Minderjährigen als unfähig erklärt werden, Verträge abzuschließen, und wo im L. R. S. 1125 dem Minderjährigen das Recht ertheilt wird, seine Vertragszusage wegen Unfähigkeit anzufechten.

Der Minderjährige hat aber nicht nur eine Person, er hat auch ein Vermögen. Es muß dafür gesorgt werden, daß seine Person erzogen und gebildet und sein Vermögen während seiner Rechtsunfähigkeit zu Verträgen verwaltet wird, und deßhalb ertheilt ihm das Gesetz einen Vormund, welcher den Minderjährigen hinsichtlich seiner Rechtsgeschäfte nach L. R. S. 450 vertritt und bezüglich seines Vermögens seine Rechtsfähigkeit darstellt. Eben weil aber der Vormund in den auf das Vermögen des Minderjährigen sich beziehenden Geschäften die Rechtsfähigkeit des Mündels darstellt, so sind die vom Vormund unter Beobachtung der etwa weiters noch vorgeschriebenen Förmlichkeiten abgeschlossene Rechtsgeschäfte nicht wegen Rechtsunfähigkeit ungültig, und wenn daher das Landrecht im L. R. S. 1125 von einer Anfechtung einer Vertragszusage eines Minderjährigen wegen Unfähigkeit spricht, so kann es nur von jenen Zusagen sprechen, welche der Minderjährige allein und ohne Zuzug seines Vormunds gethan hat. Es wird daher nicht bestritten werden können, daß der L. R. S. 1125 nicht von den vom Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäften, sondern nur von den vom Minderjährigen allein eingegangenen Verträgen spricht, welche er wegen seiner Vertragsunfähigkeit nach S. 1124, 1108 als ungültig anfechten kann.

Der L. R. S. 1125 ertheilt aber dem Minderjährigen dieses Anfechtungsrecht nicht unbeschränkt, sondern nur in gesetzlich bestimmten Fällen, so daß es sich also fragt, welches diese Fälle sind.

Die Bestimmung dieser Fälle geht aber von zwei hauptsächlichen Gesichtspunkten aus. Der erste, daß der Gesetzgeber die verschiedenen Rechtsgeschäfte als solche in das Auge faßt, welche er einer Anfechtungsklage des Minderjährigen, wenn sie von ihm allein abgeschlossen sind, zu unterwerfen gesonnen ist und der zweite, daß er die verschiedenen persönlichen Verhältnisse des Minderjährigen in das Auge faßt und je nach dieser Verschiedenheit seiner Unfähigkeit einen größern oder geringern Umfang auf die von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zumißt.

Hinsichtlich des ersten Gesichtspunkts mußte es aber der Gesetzgeber alsbald für überflüssig ansehen, bei den einzelnen Rechtsgeschäften jeweils anzuführen, daß sie der Minderjährige wegen Unfähigkeit umstoßen könne. Denn da im L. R. S. 1108 die Fähigkeit des Vertragsabschlusses ganz allgemein als eine wesentliche Bedingung der Vertragsgültigkeit eingeführt war, so war damit vorgeschrieben, daß, wo diese Fähigkeit nicht bestand, der Vertrag, er mochte sein welcher er wolle, ungültig ist, und so lange das Gesetz für einen besondern Vertrag keine Ausnahmen davon macht, muß also die Ungültigkeit des Vertrags für sich betrachtet angenommen werden, ohne daß man verlangen kann, daß der Gesetzgeber ausdrücklich angeführt haben muß, daß z. B. der Minderjährige für sich allein keinen Kauf, keinen Leibrentenvertrag &c. abschließen darf. Es wird dieses auch dadurch bestätigt, daß der Gesetzgeber z. B. in den L. R. S. 1308, 1310 gewisse Rechtsvorkommenheiten benennt, welche der Minderjährige nicht wegen Unfähigkeit anfechten kann, und eben weil also der Gesetzgeber damit Ausnahmen von der allgemeinen Ungültigkeit der vom Minderjährigen eingegangenen Rechtsgeschäfte in Hinsicht auf die Natur dieser Rechtsgeschäfte einführt, folgt daraus um so gewisser, daß es in allen andern Rechtsgeschäften bei der Regel bleiben soll, daß sie von einem Minderjährigen vorgenommen wegen Unfähigkeit ungültig sind.

Hinsichtlich des zweiten Gesichtspunkts mußte es aber dem Gesetzgeber auch alsbald in die Augen fallen, daß die von der ersten Lebensstunde bis zum zurückgelegten 21sten Lebensjahr andauernde Minderjährigkeit gerade in der sich darstellenden Verstandesunreife nicht ein in sich ganz gleichbleibendes persönliches Verhältniß ist, sondern daß mit zunehmendem Alter auch der Verstand wächst, folgeweise der Grund der Rechtsunfähigkeit sich vermindert. Der Gesetzgeber war daher in der Lage diese aus der Natur der Dinge hervorgehende Verschiedenheit des Minderjährigen zu beachten und sonach seine Unfähigkeit auch verschieden zu bestimmen, was er denn auch hier ratione personæ gethan hat, indem er die Minderjährige in Gewaltsentlassene und nicht der Gewalt Entlassene eingetheilt und den Erstern eine Berechtigung zu gewissen Rechtsgeschäften in dem S. 487 ertheilt hat, welche sie also allein und als rechtsfähig vornehmen können. In dieser Beziehung ist also durch L. R. S. 481 gesetzlich bestimmt, welche Vertragszusagen ein Minderjähriger wegen seines persönlichen Verhältnisses als Gewaltsentlassener als rechtsunfähig anfechten kann oder nicht.

Wäre nun unser Landrecht dabei stehen geblieben, so wäre die Sache einfach. Allein! man hat leider in dem L. R. S. 1124 a vorgeschrieben:

„die Unfähigkeit der Minderjährigen ist von weiterm oder engerm Umfang, je nach dem sie unmündig, halbmündig oder vollmündig sind“.

und im L. R. S. 1124 b hat man bestimmt:

„ein Vollmündiger, der außer der Eltern und Pfleger Haus, und nicht einem Fürsorger übergeben, mithin sich selbst überlassen ist, schließt gültig alle für seinen Unterhalt und Beruf geeigneten Verträge, vorbehaltlich der Umstoßung für den Verletzungsfall, und der besondern Anstaltsgesetze, welchen er etwa unterworfen ist.

Hier und anderwärts im Landrecht ist aber das Alter der Unmündigkeit, der Halb- und Vollmündigkeit nicht benannt und, was noch mehr zu beklagen ist, hier und anderwärts im Landrecht ist der doch nach L. R. S. 1124 a verschiedene Umfang der Unfähigkeit dieser Klassen der Minderjährigen nirgends vollständig bestimmt worden. Zwar könnte man aus der Bestimmung des L. R. S. 1124 b den Umfang dieser Unfähigkeit per argumentum e contrario ableiten; man könnte sagen: da hiernach ein außerhalb der Eltern, Pfleger und Fürsorger Hausbefindlicher Vollmündiger nur die für seinen Unterhalt und Beruf geeigneten Verträge abschließen kann, so folgt daraus, daß er die andern Verträge nicht, und im Haus der Eltern, Pfleger und Fürsorger befindlich auch nicht einmal die im L. R. S. 1124 b genannten gültig abschließen darf. Und da die Rechtsunfähigkeit der jüngern Unmündigen und Halbmündigen jedenfalls eine größere seyn muß, als die der ältern Vollmündigen, so könnte man aus dem L. R. S. 1124 b weiters folgern, daß also die Un- und Halbmündigen nicht einmal die dem Vollmündigen freigelassenen Verträge, demnach keine gültig abschließen können.

Dergleichen Schlüsse per argumentum e contrario haben jedoch immer etwas unsicheres, und da wohl nicht zu bezweiflen ist, daß man bei der Einsetzung der L. R. S. 1124 a und b die Absicht hatte, daß solche aus dem §. 27 des VI. const. Ediks zu erklären und zu vervollständigen sind, so wird man diesen §. 27 zur Grundlage der Erläuterung der L. R. S. 1124 a und b bestellen müssen.

Hinsichtlich der Unterscheidung der Minderjährigen in Un-, Halb- und Vollmündige hat nun die Sache keine Schwierigkeit; denn hiernach ist die Unmündigkeit bis zum zurückgelegten 14ten die Halbmündigkeit bis zum zurückgelegten 16ten Lebensjahr und die Vollmündigkeit von da an bis zum Eintritt der Volljährigkeit festgestellt. Dagegen wird, beiläufig sei es gesagt, die gleichfalls auf eine Unterscheidung der Minderjährigen zurückführende Eintheilung derselben in Gewaltsentlassene und in nicht Gewaltsentlassene nach den Bestimmungen des Landrechts in den L. R. S. 476 folgende, und nicht nach dem §. 27 des VI. const. Edikts in dem Fall zu richten seyn, wo man die dorten erwähnte Erlangung eines Volljährigkeitsbriefs mit der Gewaltsentlassung gleichstellen will. Uebrigens wird die Erreichung eines Volljährigkeitsbriefs, die sogenannte venia ætatis, ein Mehr als die Gewaltsentlassung des Landrechts enthaltend, mit dieser Gewaltsentlassung nicht gleichzustellen seyn, und es wird daher anzunehmen seyn, daß die Gewaltsentlassung sich lediglich in den Zeiten ihres Eintritts und dem Umfang ihres Rechts nach dem Landrecht mit dem richtet, daß wir nach der noch gültigen Vorschrift des §. 27 des VI. const. Edikts auch noch die Volljährigkeitserklärung von Seiten der gesetzgebenden Behörde, also jetzt von der Regierung und den Kammern haben, von der nur zu beklagen ist, daß wir von ihr keine nähere Bestimmung ihres Inhalts haben und daher auf das gemeine Recht darin zurückgreifen müssen, wornach der Volljährig-Erklärte, z. B. ohne richterliche Erlaubniß, keine Liegenschaften veräußern darf. L. 1. 2. pc. c. de his, qui veniam.

Schwieriger ist dagegen die Bestimmung des Umfangs der Rechtsunfähigkeit der verschiedenen Minderjährigen nach dem §. 27 des VI. const. Edikts. Die Vorschriften dieses §. 27 sind überhaupt nicht mit der gehörigen Bestimmtheit verfaßt, und da die Vorschrift des L. R. S. 1124 b hinsichtlich der Vollmündigen eine solche ist, welche im §. 27 des VI. const. Edikts nicht vorkommt, so ist sie mit den Bestimmungen des §. 27 zu vereinigen, und dann kommt man auch hier wieder in die Rechtsunsicherheit, worüber wir überall da zu klagen haben, wo landrechtliche Bestimmungen mit Vorschriften älterer und neben dem Landrecht aufrechterhaltener Gesetze zu vereinigen sind. Wenn nun der Zweck dieses Aufsatzes dahin gienge, zu bestimmen, welche Handlungen ein Minderjähriger gültig vornehmen kann, und welche nicht, so müßte man sich auf eine nähere Untersuchung des §. 27 des VI. const. Edikts einlassen. Allein der Zweck dieses Aufsatzes geht nicht dahin, sondern nur dahin, zu untersuchen, ob die vom Vormund vorgenommenen Rechtsgeschäfte vom Minderjährigen wegen Verkürzung umgestoßen werden können, und mag man nun die Rechtsfähigkeit des Minderjährigen in den von ihm allein abgeschlossenen Rechtsgeschäften bestimmen, wie man will, so kann man daraus nur folgern, daß er dieses oder jenes Rechtsgeschäft wegen seiner Unfähigkeit umstoßen kann, ob er aber das von ihm nicht, sondern von seinem Vormund vorgenommene Rechtsgeschäft wegen Verkürzung umstoßen kann, oder nicht, das ist eine besondere selbstständige Rechtsfrage, und da der §. 27 des VI. const. Edikts darüber nichts erwähnt, so muß diese Frage aus dem Landrecht erwogen werden, und die nähere Untersuchung des §. 27 kann ich daher gottlob bei Seite lassen.

Daß dieses mit Grund geschehen kann, wird sich nicht bezweiflen lassen. Die Unfähigkeit eines Minderjährigen ist ein besonderer Rechtsbegriff, und von dem andern hier in Frage stehenden Rechtsbegriff der Verkürzung ganz verschieden. Nun spricht aber L. R. S. 1125 und der gerade

mit dem §. 27 des VI. const. Edikts in Verbindung stehende L. R. S. 1124 a nicht von der Verkürzung, sondern von der Unfähigkeit des Minderjährigen, und mag diese Unfähigkeit einen größern oder geringern Umfang haben, so kann in der Anwendung der S. 1125, 1124 a nur gefragt werden, ob dieses oder jenes Geschäft *wegen Rechtsfähigkeit des Minderjährigen* besteht oder nicht; ob aber das Geschäft wegen Verkürzung umgestoßen werden kann, das ist nicht Gegenstand der Vorschriften des L. R. S. 1125, 1124 a, und aus ihnen kann daher nichts für diese Umstoßung aus Verkürzung entnommen werden, §. 27 des VI. const. Edikts. Es wird dieses auch von Brauer selbst anerkannt, denn er lehrt zu L. R. S. 1124 a Bemerkung 29, daß die betreffenden Rechtsgeschäfte des Minderjährigen ohne *weitern Verkürzungsbeweis* endgültig aufgehoben, und demnach wegen Unfähigkeit und nicht wegen Verkürzung umgestoßen werden.

Zwar wird im §. 27 des VI. const. Edikts von Handlungen des Minderjährigen gesprochen, welche eine *nachtheilige* Verpflichtung seines Vermögens zum Gegenstand haben, und man könnte daraus folgern, daß also doch im §. 27 nur von einer Verkürzung die Rede sei. Wenn man aber bedenkt, daß die Verkürzung da eintritt, wo sie als eine *Folge* aus einem Vertrag entspringt, so sind davon die Handlungen sehr zu unterscheiden, welche eine nachtheilige Verpflichtung alsbald zu ihrem Gegenstand haben, und man wird daher unter diesen Handlungen die Verträge zu verstehen haben in welchen der Minderjährige etwas hergibt und leistet. Solche Verträge, welche eine nachtheilige Verpflichtung zum *Gegenstand* haben, sind die Verträge auf Umsatz, oder einseitig belastete Verträge. Sie sind den unentgeldlichen, oder Freigebigkeitsverträgen entgegen gesetzt. Solche letztere sind dem Minderjährigen erlaubt, die erstern aber nicht, was wieder mit der Lehre Brauers zusammentrifft, indem diese erstere *ohne weitern Verkürzungsbeweis* damit umgestoßen werden, daß man nicht die Verkürzung als *Folge* nachzuweisen, sondern nur die Natur des Vertrags dahin nachzuweisen hat, daß der Minderjährige sich dabei verpflichtet hat, etwas aus seinem Vermögen zu geben, oder eine Verbindlichkeit darauf zu übernehmen. Die Verkürzung ist doch gewiß nicht der Gegenstand einer Vertragshandlung, sondern sie ist die Folge davon.

Wenn unter diesen Voraussetzungen sichergestellt ist, daß der Minderjährige die seine Vertragsbefugniß überschreitenden und allein abgeschlossenen Verträge *wegen Unfähigkeit* umstoßen kann, so darf es weiters nicht bezweifelt werden, daß dieser Umstoßungsgrund eines Vertrags wegen *Unfähigkeit* einen besondern und zwar aus den persönlichen Verhältnissen des Klägers geschöpften thatsächlichen Klaggrund bildet, und wenn also ein Minderjähriger einen Vertrag abgeschlossen hat, der seine Rechtsfähigkeit übersteigt, so kann er solchen Umstoßen, so wie er seine Minderjährigkeit zur *Zeit* des Vertragsabschlusses, und den von ihm allein ausgegangenen Abschluß des Vertrags nachweist.

Als einen weitern,* und deßhalb schon eigenthümlichen Umstoßungsgrund von Verträgen, weil er sich nicht aus den persönlichen Verhältnissen der Vertragstheile, sondern aus den Werthverhältnissen der Vertragsgegenstände ableitet, kennt aber das Landrecht nach L. R. S. 1118 *die Verkürzung* jedoch nur in Beziehung auf gewisse Gattungen der Verträge, oder auf gewisse Personen, und wenn nun im Landrecht unter dem Abschnitt von den Klagen auf Vernichtung oder Umstoßung von Verträgen im S. 1305 angeführt wird: Für einen gewaltsuntergebenen Minderjährigen ist die bloße Verkürzung ein hinreichender Grund zur Umstoßung aller Arten von Verträgen; für einen gewaltsentlassenen Minderjährigen ist sie es wegen aller Verträge, die außer der Gränze seiner Befugniß liegen: so fragt es sich in Entgegensetzung der zwei Arten sich auf das Vermögen des Minderjährigen beziehender Verträge, welche der Minderjährige allein, und welche der Vormund abgeschlossen hat, auf welche Art der L. R. S. 1305 bezogen werden muß.

Will man ihn nur auf die erste Art beziehen, auf jene Verträge, welche der Minderjährige allein abgeschlossen hat, so können diese wieder nur solche seyn, wozu er befugt und rechtsfähig war, oder wozu er nicht rechtsfähig war. Auf die erstern kann sich aber der L. R. S. 1305 nicht wohl beziehen, denn insofern der Minderjährige zum Abschluß eines Vertrags rechtsfähig ist, muß er auch als vollkommen rechtsfähig betrachtet werden, und da rechtsfähige Personen nach L. R. S 1118 wegen Verkürzung in der Regel Verträge nicht anfechten können, wo nicht das Gesetz deßhalb eine besondere Vorschrift ertheilt, so wird man nicht anzunehmen berechtigt seyn, daß die Minderjährigen auch jene Verträge wegen Verkürzung umstoßen können, wozu sie rechtsfähig waren.*) Es ist dieses auch gerade für die

---

*) Dieser Schluß ist kein nothwendiger.

Wenn das Gesetz den Minderjährigen (sobald er vollmündig ist) zu gewissen Rechtsgeschäften ermächtigt, so kann es gleichwohl ohne alle Inkonsequenz noch verordnen, daß derselbe das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft im *Falle einer Verkürzung* anfechten könne, während es eine solche Anfechtung wegen bloßer Verkürzung dem *vollkommen* rechtsfähigen Großjährigen nicht gestattet.

Die im S. 1124 a angedeutete Verschiedenheit des Umfangs der Rechtsfähigkeit der Vollmündigen von jener der Halbmündigen oder Unmündigen äußert sich insbesondere darin, daß der Halbmündige

Gewaltsentlassenen vorgeschrieben, indem ja die von ihnen befugterweise abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht wegen Verkürzung umgestoßen werden dürfen, und insofern nun ein auch nicht der Gewalt Entlassener nach dem VI. const. Edikt und dem L. R. S. 1124 a zu gewissen Rechtsgeschäften eine Fähigkeit besitzt, so steht er in dieser Beziehung dem Gewaltentlassenen gleich, und kann seinen Vertrag wegen Verkürzung in der Regel so wenig umstoßen, als dieses der Gewaltentlassene thun kann, oder sonst ein Volljähriger.

Man muß also, so wie man den L. R. S. 1305 auf die vom Minderjährigen allein abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bezieht, diesen Satz auf die vom Minderjährigen allein abgeschlossenen *seine Rechtsfähigkeit übersteigenden Verträge* beziehen, und diese soll er also *wegen Verkürzung* anfechten können. Gerade diese nämlichen Verträge kann er aber nach L. R. S. 1108, 1125, wegen Unfähigkeit anfechten. Beide Klaggründe der Vertragsunfähigkeit und der Verkürzung sind in ihrer thatsächlichen und rechtlichen Begründung ganz verschieden, und so ist wohl nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, welcher im L. R. S. 1125 dem Minderjährigen zur Umstoßung der seine Rechtsfähigkeit übersteigenden Verträge schon den Klaggrund der Vertragsunfähigkeit gegeben hat, ihm nunmehr für den nämlichen und ebendenselben Vertrag noch den Klaggrund der Verkürzung geben wollte. Offenbar ist dieser letztere Klaggrund der schwierigere, indem er auf die im Ermessen des Richters liegende Schätzung der Werthverhältnisse des Gegenstands des Vertrags geht. Ja er ist noch gerade als Klaggrund der Verkürzung durch das Gesetz im L. R. S. 1306 sehr beschränkt worden, und so läßt es sich wohl nicht bezweifeln, daß diese Auslegung des L. R. S. 1305 nicht anzunehmen ist, indem man es für überflüssig und selbst für unverständig ansehen muß, daß der Gesetzgeber neben den überall ausreichenden, höchst einfachen Umstoßungsgrund der Vertragsunfähigkeit noch den nicht so weit reichenden zumal nach L. R. S. 1306 immerhin höchst zweifelhaften Umstoßungsgrund der Verkürzung setzen wollte.

Verwirft man sonach diese auf die Wahl zwischen den beiden Klaggründen der Unfähigkeit und der Verkürzung gehende Auslegung des L. R. S. 1305, so bleibt in der Unterstellung, daß der L. R. S. 1305 auf die vom Minderjährigen allein abgeschlossenen, seine Rechtsfähigkeit übersteigenden Rechtsgeschäfte zu beziehen ist, nichts übrig, als zu behaupten, daß der Minderjährige diese Rechtsgeschäfte nur dann umstoßen kann, wenn er verkürzt ist. Das Gesetz hätte alsdann folgende Stellung. Die vom Vormund unter Beobachtung sonstiger Förmlichkeiten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind schlechthin gültig. Die vom Minderjährigen allein abgeschlossenen mit Rechtsfähigkeit vorgenommenen Geschäfte sind gleichfalls gültig, und so lange nicht wegen Verkürzung umzustoßen, als dieses nicht durch eine besondere Vorschrift des Gesetzes ausgesprochen ist. Die vom Minderjährigen allein abgeschlossenen, seine Rechtsfähigkeit übersteigenden Geschäfte sind dagegen umstoßlich, wenn er dabei eine Verkürzung erlitten hat.

Allein diese Auslegung des L. R. S. 1305, und sie ist es, welche von Jenen gemacht wird, welche den S. 1305 nicht auf die vom Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte beziehen*), ist den sonstigen Grundsätzen des Gesetzes gänzlich entgegen und schlechthin verwerflich.

(noch mehr also auch der Unmündige) ein von ihm geschlossenes Rechtsgeschäft schon allein kraft seiner Altersunfähigkeit, ohne *eine Verkürzung* nachweisen zu müssen, umstoßen kann, während der Vollmündige bei Handlungen, zu denen er gesetzlich ermächtigt ist (S. 1124 b) zum Zwecke der Umstoßung eine Verkürzung nachweisen muß. S. Brauer zum S. 1124 Bemerkung 29. c. β. γ.

Der S. 1124. b, welcher bestimmt, *welche* Rechtsgeschäfte der Vollmündige für sich allein abschließen könne, fügt daher auch ausdrücklich bei:

„vorbehaltlich der Umstossung im Verletzungsfalle“.

Der Umstand, daß nach S. 1305 der *gewaltsentlassene* Minderjährige Rechtsgeschäfte zu deren Eingehung das Gesetz ihn ermächtigt, wegen bloßer Verkürzung nicht anfechten darf, gestattet keinen Schluß auf gleiche Handlungen der *nicht* gewaltsentlassenen Minderjährigen, hinsichtlich deren, wie gesagt, der S. 1124 b geradezu den entgegengesetzten Grundsatz aufstellt. D. R.

---

*) Die in diesen Sätzen aufgestellte Auslegung ist sicher nicht von *allen* denjenigen angenommen, welche den S. 1305 nicht auf die vom Vormund in den gesetzlichen Formen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte beziehen.

Namentlich Brauer, welcher in seinen Erläut. zum S. 1312 Bemerkung 211 und 212 ausführt, daß und aus welchen Gründen die im S. 1305 den Minderjährigen auf den Grund bloßer Verkürzung gestattete Anfechtung sich auf die vom Vormund in den gesetzlichen Formen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht beziehen, ist keineswegs der Meinung, daß diese Anfechtung wegen Verkürzung dem Minderjährigen nur in den seine Befugnisse *übersteigenden* Geschäften zu statten komme. In Bezug auf diese *Letztern* bedarf es einer solchen *Verkürzungs*nachweisung gar nicht, da sie auch *ohne* Verkürzung schon wegen der bloßen *Rechtsunfähigkeit* umgestoßen werden können; dagegen muß die Nachweisung einer *Verkürzung* dem Minderjährigen in jedem Falle noch hinsichtlich *derjenigen* Handlungen, zu denen er ermächtigt ist, nach S. 1124 b das Recht der Anfechtung geben. Im Uebrigen ist richtig, daß andere Lehrer des französischen Rechts, welches den badischen Zusatz 1124 a nicht kennt, und zwischen den gewaltsuntergebenen Minderjährigen, ob sie vollmündig, halbmündig oder unmündig seien, keinen Unterschied macht, welches daher auch für eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Handlungen von Minderjährigen

Wie gezeigt, so ist die Vertragsfähigkeit nach S. 1108 eine wesentliche Bedingung der Vertragsgültigkeit. Die Minderjährigen sind nach L. R. S. 1124, 1124a b vertragsunfähig, und wo also diese ihre *persönliche* Vertragsunfähigkeit eintritt, fehlt es dem Vertrag an einer wesentlichen Bedingung seiner Gültigkeit, weßhalb er als ungültig umgestoßen wird. Wollte nun das Gesetz sagen, daß ein von einem Unfähigen eingegangenes Geschäft nur dann umgestoßen werden kann, wenn er dadurch eine *Verkürzung* erlitten hat, so ist diese Verkürzung nach dem L. R. S. 1118 ein eigenthümlicher und zwar aus dem *Gegenstand* des Vertrags geschöpfter Umstoßungsgrund, und dann läßt sich nicht sagen, daß der Vertrag wegen Unfähigkeit umgestoßen werden kann, sondern er wird wegen Verkürzung umgestoßen, denn alsdann muß der Kläger nicht nur seine Vertragsunfähigkeit, sondern er muß auch seine Verkürzung behaupten und beweisen. Es ist diese Umstoßungsklage alsdann nicht auf den Klaggrund der Unfähigkeit gebaut, sondern auf den Klaggrund der mit einer *Verkürzung verbundenen Unfähigkeit*, und dieser Klaggrund ist dann abermals ein eigenthümlicher, selbstständig vom Gesetz eingeführter. Wo ist aber die solches bewerkstelligende Vorschrift des Gesetzes? Im L. R. S. 1125? Aber dort wird nur von der Anfechtung eines Vertrags *wegen Unfähigkeit* gesprochen. Im L. R. S. 1305? Aber dort ist nur von der Umstoßung *wegen Verkürzung* die Rede. Es kann doch wohl nicht bezweifelt werden, daß der von einer Ehefrau abgeschlossene Vertrag, wozu sie von ihrem Ehemann nicht ermächtigt war, nach L. R. S. 1124, 1125, 1108 wegen ihrer Unfähigkeit ungültig ist, ohne daß sie eine Verkürzung zu behaupten und zu beweisen hat. Und warum verlangt man nun für den Minderjährigen die weitere Behauptung und Nachweisung einer Verkürzung, wo seine Unfähigkeit ganz, so wie die der Frau im nämlichen L. R. S. 1125, 1124 eingeführt wird? Da hier immer zu unterstellen ist, daß der S. 1305 nur auf die vom Minderjährigen allein abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sich bezieht, so sollte man doch glauben, daß es viel vernünftiger gewesen wäre, wenn man bei der Umstoßung eines von einer vierzigjährigen Ehefrau abgeschlossenen Rechtsgeschäfts noch den Beweis einer Verkürzung verlangt hätte, als bei dem von einem Kind von 14 Jahren eingegangenen Vertrag. Wird aber der Klaggrund der Rechtsunfähigkeit durch seine Verbindung mit der Verkürzung abgeändert und der Sache nach aufgehoben, so wird auch auf der andern Seite der Klaggrund der Verkürzung durch seine Verbindung mit der Rechtsunfähigkeit gänzlich verändert. Die Verkürzung in einem Rechtsgeschäft steht lediglich nur auf den Gegenstand des Vertrags und den Werth desselben. Sie hat mit der Rechtsfähigkeit der Personen nichts zu schaffen, und setzt vielmehr gerade diese Rechtsfähigkeit als eine der ersten Vorbedingungen der Gültigkeit des Vertrags voraus, so daß sie da, wo sie vom Gesetz als Umstoßungsgrund eines Vertrags in den S. 887, 1674 und andern angeführt wird, überall als solche angeführt ist, wo die verkürzte Person rechtsfähig war. Es ist daher abermals nicht anzunehmen, daß das Gesetz im L. R. S. 1305 eine Verkürzung als Umstoßungsgrund eines Rechtsgeschäfts einführen wollte, welche nicht selbstständig wirkt, sondern dazu noch einer Rechtsunfähigkeit bedarf, welche für sich allein schon ein abermals selbstständiger Umstoßungsgrund ist.

Unter diesen Voraussetzungen, wo der L. R. S. 1305 in seinem Bezug auf die von unfähigen Minderjährigen vorgenommenen Rechtsgeschäfte eine Abänderung und Aufhebung des L. R. S. 1108, 1124, 1125, und ebenso eine Veränderung des L. R. S. 1118 enthielte, welcher die Verkürzung allein und als solche als einen Umstoßungsgrund einführt, ist daher diese Auslegung des L. R. S. 1305 in keiner Weise anzunehmen. Die Umstoßungsgründe der Vertragsunfähigkeit und der Verkürzung waren doch gewiß für den Gesetzgeber so wichtig, daß er ihre Abänderung und gegenseitige Aufhebung bei den Rechtsgeschäften der Minderjährigen im L. R. S. 1305 oder sonst wo ausdrücklich eingeführt, und mit bestimmten Vorschriften die Abänderung zu erkennen gegeben hätte, daß bei dem unfähigen Minderjährigen die Unfähigkeit, und bei dem verkürzten Minderjährigen die Verkürzung nicht zur Umstoßung ausreiche, und daß dazu immer je noch etwas anderes treten müsse, was der Gesetzgeber bei den hierher bezüglichen L. R. S. 1108, 1124, 1125, 1118 und 1305 doch nirgends benennt. Man kann nicht annehmen, daß der Gesetzgeber eine so wichtige Abänderung des eine der Hauptgrundlagen der Verträge bildenden S. 1108 anzuführen vergessen hätte, und daß man daher berechtigt wäre, mittelst einer rein willkührlichen Auslegung des S. 1124, 1125 dahin die Meinung des Gesetzgebers aufzustellen, daß die Rechtsunfähigkeit des Minderjährigen nicht wie die damit zugleich angeführten Frauen und Mundlosen in der Rechtsunfähigkeit allein besteht, sondern daß dazu noch eine Verkürzung kom-

keinen Anhaltspunkt gibt, den S. 1305 auf die Rechtsgeschäfte *aller* gewaltsuntergebenen Minderjährigen anwenden, so daß also nicht blos in gewissen Fällen der Vollmündige, sondern überhaupt *jeder* Minderjährige zur Anfechtung der von ihm eingegangenen Rechtsgeschäfte eine *Verkürzung* nachzuweisen hat. M. s. Zachariä (franz. Civilrecht, 2. Ausg., Bd. II. S. 260. §. 335. Note 1), wobei er indessen (so wie im §. 334. Nr. 2.) von der Ansicht ausgeht, daß die S. 1305—1311 *offenbar* nur von dem Falle handeln, da der Minderjährige *allein* (sine tutore vel curatore) eine Verbindlichkeit eingegangen habe. D. R.

men muß, welche überdies nicht in zufälligen und unvorhergesehenen Ursachen ihre Grundlage hat.

So wie aber dieses festgestellt ist, so folgt daraus nothwendig, daß sich der L. R. S. 1305 auf die vom Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bezieht, und daß also der Minderjährige diese Geschäfte wegen Verkürzung umstoßen kann — minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus. — Denn da der L. R. S. 1305 wie er selbst hinsichtlich der Gewaltsentlassenen vorschreibt, sich nicht auf die vom rechtsfähigen Minderjährigen abgeschlossenen Geschäfte bezieht, und da er auf die vom rechtsunfähigen Minderjährigen eingegangenen Verträge sich nicht beziehen kann, so bleiben bezüglich des Minderjährigen keine Rechtsgeschäfte übrig, als die vom Vormund abgeschlossenen, und für sie gilt daher die Vorschrift, daß sie wegen Verkürzung umzustoßen sind.

Diese Auslegung wird auch durch die fernern Vorschriften des betreffenden Abschnittes in den L. R. S. 1306 u. f. über allen Streit erhoben.

In allen Bestimmungen des Landrechts, wo von der Verkürzung die Rede ist, wird außerhalb des S. 1306 nirgends vorgeschrieben, daß die Verkürzung, welche nur aus zufälligen oder unvorhergesehenen Begebenheiten entsprang, nicht bei ihrer Berechnung angeschlagen werden soll, so daß man also daraus die Absicht des Gesetzgebers entnehmen kann, die Verkürzung des L. R. S. 1305 gegen andere Verkürzungen des Gesetzes zu beschränken. Liegt aber wohl alsdann ein Grund dieser Beschränkung vor, wenn sich der L. R. S. 1305 nur auf die vom rechtsunfähigen Minderjährigen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bezieht? Kann man annehmen, daß der Gesetzgeber den Umstoßungsgrund der Verkürzung des rechtsunfähigen Minderjährigen enger und beschränkter einführen wollte, als die Verkürzung, welche er einem rechtsfähigen Volljährigen als Umstoßungsgrund ertheilte? Gewiß nicht, wenn man dagegen den L. R. S. 1305 auf die vom Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bezieht, so liegt darin für den Minderjährigen gegenüber dem Volljährigen die große Ausdehnung des Gesetzes, daß der Minderjährige alle Rechtsgeschäfte seines Vormunds — abgesehen von besondern Ausnahmen — wegen Verkürzung umstoßen kann, während der Volljährige dieses nur bei besondern Rechtsgeschäften thun kann, und in dieser Rücksicht war es nun sehr begreiflich, daß der Gesetzgeber der Verkürzung des Minderjährigen eine engere Schranke durch den L. R. S. 1306 zog, als bei den sonst seltenen Verkürzungen der Volljährigen. Es weißt sonach der S. 1306 offenbar auf die Auslegung des S. 1305 hin, daß dieser letztere Satz sich auf die vom Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bezieht.

Wenn man sodann behauptet, daß der Minderjährige die von seinem Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht wegen Verkürzung umstoßen könne, so begründet man diese Behauptung darauf, daß man sagt, der Vormund vertritt den Minderjährigen in seinen Rechtsgeschäften, und stellt somit seine Rechtsfähigkeit vor; nun können aber die von rechtsfähigen Personen abgeschlossenen Geschäfte in der Regel nicht wegen Verkürzung umgestoßen werden, also können es auch nicht die vom Vormund abgeschlossenen. Wäre dem so, so müßte man sich wirklich wundern, wie der Gesetzgeber dazu gekommen seyn sollte, in den L. R. S. 1309, 1314 besondere Rechtsvorkommenheiten aufzuführen, welche unter Beobachtung der dafür vorgeschriebenen Formen, wozu insbesondere bei dem L. R. S. 1314 hauptsächlich die Mitwirkung des Vormunds gehört, vom Minderjährigen nicht wegen Verkürzung umgestoßen werden sollen. Wenn der Minderjährige die vom Vormund allein abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht wegen Verkürzung umstoßen kann, so wird es sich doch gewiß von selbst verstehen, daß er noch weniger jene Rechtsgeschäfte der S. 1309, 1314 Heirathsverträge, Liegenschaftsveräußerungen, Erbvertheilungen anfechten kann, bei welchen das Gesetz noch bei weitem mehr Förmlichkeiten, und zwar zum Schutz des Minderjährigen vorschreibt, als wie die einfachen vom Vormund allein ohne weitere Form abgeschlossenen Verträge, und so sollte man doch glauben, daß die Vorschriften der S. 1309, 1314 gewiß überflüssig gewesen wären, wenn der Gesetzgeber schon von dem Grundsatz ausgegangen wäre, daß der Minderjährige die allein von seinem Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wegen Verkürzung nicht umstoßen kann*). Und wenn der Gesetzgeber für nöthig gefunden hat, in den L. R. S. 1309, 1314 gewisse Rechtsgeschäfte zu bezeichnen, welche nicht wegen Verkürzung vom Minderjährigen umgestoßen werden können, so mußte es ihm doch gewiß dabei vorschweben, daß man auch nach den vom Vormund allein abgeschlossenen Rechtsgeschäften fragen wird, und er hätte gewiß diese Rechtsgeschäfte ebensowohl von der Verkürzung ausgenommen, als er dieses bei den Rechtsgeschäften der L. R. S. 1309, 1313. that.

Unterstellt man dagegen dem L. R. S. 1305 die allgemeine Vorschrift, daß der Minderjährige die von seinem Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wegen Verkürzung umstoßen kann, so gewinnen die L. R. S. 1309, 1314 ihre ganz natürliche, ebendeßhalb diese Unterstellung bekräftigende Bedeutung. Denn wenn es nicht zu bezweifeln ist, daß durch diese Auslegung des L. R. S. 1305 die Sicherheit und Beständigkeit der von einem Vormund abgeschlossenen Rechtsgeschäfte geschwächt wird, so mußten

*) Der S. 1309 enthält jedenfalls nichts, was sich schon von selbst verstände, wenn man den S. 1305 schon allgemein nicht auf die vom Vormund gesetzlich vorgenommenen Geschäfte bezieht.

Nach S. 1309 genügt es nämlich zur Unumstößlichkeit des im Heirathsvertrag Zugesagten, wenn nur diejenigen zustimmten, deren Einwilligung zur Giltigkeit der Ehe erforderlich ist. Lebt z. B. noch eines der Eltern oder Großeltern des Mündigen, so ist zur Eingehung der Ehe die Zustimmung des Familienraths (S. 160) nicht erforderlich. Wenn nun in einem solchen Falle der Ehevertrag eine Liegenschaftsveräußerung oder eine andere sonst nur mit Genehmigung des Familienraths zulässige Bestimmung enthielte, so wäre dieselbe nach S. 1309 auch ohne diese Zustimmung gleichwohl giltig. Dies mußte aber ausgedrückt werden, da es aus der allgemeinen Vorschrift, daß die gesetzlichen Handlungen des Vormundes wegen bloßer Verkürzung nicht angefochten werden können, keineswegs schon folgen würde. Anders verhält es sich allerdings mit dem S. 1314. — Diese Bestimmung möchte sich schon von selbst verstehen, wenn man annimmt, daß der S. 1305 sich schon im Allgemeinen nicht auf die Handlungen des Vormundes beziehe. Doch mag der Gesetzgeber, da es sich hier nicht bloß um Handlungen des Vormunds, sondern um besondere Förmlichkeiten handelt, noch immer Anlaß gefunden haben, darüber als über einen speziellen Fall auch eine eigene Bestimmung zu geben, wenn gleich bei Anwendung des von den Handlungen des Vormunds geltenden Grundsatzes sich schon dasselbe Resultat ergeben haben würde.

dem Gesetzgeber gewisse Rechtsgeschäfte vorschweben, in welchen er keine solche Unsicherheit zulassen konnte, oder wo diese Unsicherheit selbst wieder auf den Minderjährigen, und zu seinem Nachtheil zurückfallen würde. Derlei Rechtsgeschäfte sind aber gerade die in den S. 1309, 1313 angeführte. Heirathsverträge sind vom Gesetzgeber für unabänderlich erklärt, und sie sind als die Grundlage des ganzen Vermögensrechts einer Familie zu wichtig, als daß sie der Gesetzgeber der um so häufigern Umstoßung wegen Verkürzung eines Minderjährigen aussetzen konnte, als sie zumal bei dem Weib in seiner Minderjährigkeit häufig vorkommen. Erbtheilungen als Vermögensauseinandersetzungen zwischen Familiengliedern und als die häufigste Art des Eigenthumsübergang, wobei nach der Natur der Sache häufig Minderjährige betheiligt sind, konnten ebenfalls einer Unsicherheit durch ihre Umstoßbarkeit wegen jeder auch geringfügigen Verkürzung eines Minderjährigen nicht überlassen werden, und waren daher von der Regel des S. 1305 gleichfalls auszunehmen. Könnte der Minderjährige jede Liegenschaftsveräußerung wegen Verkürzung umstoßen, so würde man ihm nicht leicht Liegenschaften abkaufen. Dies würde ihm zum eigenen Schaden seyn, und so müßte der für den Minderjährigen sorgende Gesetzgeber auch die Liegenschaftsveräußerungen von der Regel des S. 1305 ausnehmen. Er konnte dieses um so leichter thun, als er alle diese Rechtsgeschäfte an Förmlichkeiten band, welche in sich eine Verkürzung erschwerten. Weil daher die L. R. S. 1309, 1313 überall nur eine richtige und vernünftige Bedeutung dann erhalten, wenn man sie als Ausnahmen der Regel des S. 1305 erklärt, daß der Minderjährige die Geschäfte seines Vormunds wegen Verkürzung unter der abermaligen Beschränkung des S. 1306 umstoßen kann, so bestärkt diese Auslegung wieder die Auslegung des S. 1305 auf diese Regel — exceptio firmat regulam.

Bedenkt man nun noch weiter, daß nach dem frühern römischen Recht der Minderjährige gleichfalls wegen Verkürzung gegen die Geschäfte seines Vormunds restituirt wurde, so wird man im S. 1305 nichts anderes erblicken dürfen, als die abermalige Sanktion dieses Grundsatzes, und hätte der Gesetzgeber im S. 1305 einen solchen wichtigen auf den ganzen Bau seines Systems influirenden Grundsatz aufheben, und dahin abändern wollen, daß der Minderjährige nur die von ihm selbst als rechtsunfähig abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wegen Verkürzung umstoßen kann, so hätte er dieses ausdrücklich und nicht auf eine Weise vorgeschrieben, welche den S. 1309, 1313 eine gänzlich überflüssige Haltung, und den S. 1109, 1125 eine Auslegung aufzwingt, die deßhalb gänzlich unrichtig ist, weil man nicht annehmen kann, daß das, was wegen Vertragsunfähigkeit angefochten werden kann, nur wegen Verkürzung soll umgestoßen werden können. Da übrigens bei uns das römische Recht noch in einer wenn schon beschränkten Beziehung bei Undeutlichkeit unsers Landrechts gilt, und man im S. 1305 jedenfalls die Undeutlichkeit zugeben muß, daß darin nicht gesagt ist, welche Geschäfte des Minderjährigen umgestoßen werden können, so müßte auch abgesehen von allen andern aus dem Landrecht abgeleiteten Gründen schon die unzweifelhafte Vorschrift des römischen Rechts der Meinung den Vorzug sichern, daß der S. 1305 von den Geschäften des Vormunds, und nicht des rechtsunfähigen Minderjährigen spricht.

Aus der Vorschrift des L. R. S. 1324 b, daß der Vollmündige die für seinen Unterhalt und Beruf geeigneten Verträge wegen Verkürzung umstoßen kann, folgt nichts für die andere Meinung, denn im nämlichen Satze wird der Vollmündige für rechtsfähig zu diesen Verträgen erklärt, so daß also der Satz nur einen weitern Fall des L. R. S. 1118 enthält, wo ein sonst rechtsgültiger Vertrag wegen Verkürzung umgestoßen werden kann. Und daß aus dem L. R. S. 484 nichts gegen die hier vertheidigte Meinung gefolgert werden kann, soll in einem besondern Aufsatz damit nachgewiesen werden, daß dieser L. R. S. 484 einen offenbaren Uebersetzungsfehler enthält, welcher in keinem Fall die sonst richtige Auslegung des S. 1305 abändern und aufheben kann, sondern der nur die Folge haben kann, wenn man ihm überhaupt eine geben will, daß der L. R. S. 484 auf seinen Fall beschränkt bleibt.

Es werden übrigens für die Meinung, daß der S. 1305 nur auf die vom Minderjährigen selbst abgeschlossenen Geschäfte gehen, weniger Gesetzesvorschriften, als vielmehr die Nachtheile angeführt, welche die andere Meinung dadurch mit sich führt, daß sie die vom Vormund abgeschlossenen Geschäfte wegen Verkürzung für umstoßlich und somit den Verkehr mit dem Vormund für unsicher erklärt und bestellt. Allein der Gesetzgeber hat, wie gezeigt, dieser Unsicherheit im L. R. S. 1300, 1313 und 1308 schon die gehörige Rücksicht gezollt, und die nöthige Schranke gezogen. Sodann ist es überhaupt eine bekannte, und vom Gesetzgeber wohl eingesehene Sache, daß seine dem Minderjährigen zugedachten Vortheile, wie z. B. auch sein gesetzliches Unterpfandsrecht für die Sicherheit des Rechtsverkehrs mannigfache Nachtheile mit sich führen. Der Gesetzgeber müßte sich aber bei Feststellung der Rechtsverhältnisse des Minderjährigen, entweder für den Vortheil des Minderjährigen oder des Volljährigen entscheiden, und wenn er es nun im S. 1305 für den Minderjährigen gethan hat, so bleibt seine Entscheidung eben so gut Gesetz, als das für den Minderjährigen eingeführte gesetzliche Unterpfandsrecht Gesetz ist, obschon es ebenfalls für die Sicherheit des Verkehrs in Liegenschaften nachtheilig wirkt. Uebrigens ist es keine in sich unrechte Vorschrift des Gesetzes, wenn es verlangt, daß man bei Rechtsgeschäften mit dem Vormund eines Minderjährigen sich jeder Verkürzung des Letztern enthalten, und justum pretium für die Gegenleistungen aus dem Vermögen des Minderjährigen geben soll.

Frägt man endlich über die obige Frage nach Autoritäten, so ist es richtig, daß z. B. Brauer, Zachariä, Delvincourt und Duranton den S. 1305 auf die vom Vormund abgeschlossenen Geschäfte nicht anwenden, während z. B. Toullier, Pailliet und Merlin dieses thun. Doch müssen dergleichen Streite nicht sowohl nach dem Gewicht der Namen, als vielmehr der Gründe entschieden werden, denn — apud bonum judicem argumenta plus quam testes valent.

Sander.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 40. Karlsruhe den 6. October 1838.

I.

Ueber den Inzichtenbeweis.

Die Frage, ob auf zusammentreffende Inzichten eine peinliche Strafe erkannt werden dürfe, oder mit andern Worten, ob solche vollen Beweis herstellen, ist in diesen Blättern bereits so scharfsinnig und gründlich verhandelt worden, daß mich nur ihre practische Wichtigkeit ermuthigt, auch meine Ansichten hierüber darin niederzulegen.

Dabei kann ich die Vorfrage, was nach der Carolina Rechtens gewesen sei, bei den klaren Worten des Art. 22 füglich umgehen, besonders da auch bei weitem die Mehrheit der Criminalisten darüber mit mir einig ist, daß nach dem oben allegirten Artikel die Erkennung einer peinlichen Strafe auf bloße Indicien hin schlechthin unzuläßig war und unter Umständen nur die peinliche Frage oder Tortur eintreten konnte.

Die eigentliche Streitfrage bleibt vielmehr nur die, was das im Jahre 1803 nur als provisorisches Normativ erschienene s. g. Strafedikt daran abgeändert oder modifizirt habe.

Man beruft sich dafür, daß nach unserem Strafedikt ein vollständig geführter Inzichtenbeweis zur Verurtheilung genüge, insbesondere auf die §§. 10, 13, 14 und 18, und stellt nun folgendes Axiom auf:

Durch die Abschaffung der Tortur ist auch ihr Correlat, daß auf bloße Inzichten nicht mehr verurtheilt werden könne, abgeschafft, und das vor der Carolina in Kraft gewesene römische Recht, wornach auch Indicien einen vollen Beweis herstellen, wieder an die Stelle getreten.

Dieses Hauptargument, und alle übrigen sind bloße Correlarien davon, beruht auf dem Satz „cepante ratione legis, cepat lex ipsa" ein Satz, welchen aber die juristische Hermeneutik schon längst für einen falschen erklärt hat. *) Es läßt sich aber auch, ohne zu einem so gewagten Schlusse zu gelangen, der wahre Sinn und die Tendenz des dafür angeführten §. 13 des Str. Ed., wenn man ihn mit dem, was ihm vorausgeht und nachfolgt, in Verbindung bringt, ganz leicht so erklären.

Der §. 10 des Str. Ed. schafft mit zwei Ausnahmen die Tortur ab und substituirt unter bestimmten Voraussetzungen einen Sicherheitsverhaft oder wenn man so will, eine außerordentliche Strafe, und der §. 11 läßt bei leichtern Verbrechen gegen den hartnäckig läugnenden Inculpaten ein s. g. Erforschungsmittel der Wahrheit zu, wobei jedoch alle die Regeln Anwendung finden, welche durch die peinliche Halsgerichtsordnung aufgestellt sind, um die rechtlichen Erfordernisse und Folgen der peinlichen Frage festzusetzen. *)

Mit der im §. 12 enthaltenen Bestimmung, daß auch der Reinigungseid als ein umsonst übliches Erforschungsmittel der Wahrheit gemäß der Eidesordnung nicht mehr statt finde, heißt es sodann weiter: „Hieraus ergibt sich von selbst:

„13, daß ꝛc. ꝛc."

In Vergleichung mit dem vorhergehenden (§. 10 — 12) verordnet also nun der §. 13

1) in Bezug auf die Natur und Wirkung der Inzichten, daß auf deren Beweis nicht mehr die peinliche Strafe, sondern unter Umständen nur ein angemessener Sicherheitsverhaft erkannt werden dürfe;

2) in Bezug auf die Erfordernisse und Wirkung der Bekenntnisse, daß es, wenn auf die Anwendung eines in den Fällen des §. 11 für zuläßig erklärten Erforschungsmittels der Wahrheit erkannt wird und der Inculpat dann ein Geständniß ablegt, es damit wie bei einem auf die angewendete Tortur abgelegten Bekenntniß gehalten werden soll.

Diese Folgerungen allein, scheinen mir können ohne den Worten Gewalt anzuthun, aus dem §. 13 des Str. Ed. abgeleitet werden.

Ist sonach der hieraus gezogene Schluß ein falscher und

*) Thibout Pand. §. 30.

*) Die eigenen Worte des §. 11 des Str. Ed.

unrichtiger; so sind es noch mehr die weitern Schlüsse, welche aus andern Stellen des Edicts, insbesondere aus §. 14 und 18 gezogen werden wollen.

Der §. 14. spricht von dem Beweis der Inzichten und nicht von dem durch Inzichten, und daß er am wenigsten den Satz aufstellen wollte, man könne auch auf bloße Inzichten ein verurtheilendes Straferkenntniß bauen, hat schon Weller in seiner Abhandlung (Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherzogthum Baden I. Bd. I. Heft Fol. 95 und 96.) mit schlagenden Gründen dargethan.

Daß aber unter den im §. 18. des Str. Ed. für zureichend erklärten Inzichten keine andere, als solche zu verstehen sind, die zur Einleitung einer neuen Untersuchung gegen den bereits für klagfrei erklärten Inculpaten hinreichen, dieß geht aus den klaren Worten der betreffenden Stelle hervor; denn wenn es dort heißt, „bei den lossprechenden Urtheilen muß ausgedrückt seyn ꝛc., oder endlich ob er nur für klagfrei erkannt werde, welches der Fall ist, wenn nach Erschöpfung der gesetzlichen Erforschungswege sich keine Beweise aufgefunden haben die zu einer ordentlichen Straferkenntniß (S. Nr. 10) hinlänglich sind, welches nochmals den Beschuldigten nur bis auf abwaige neuere zureichende Inzichten von der Untersuchung befreit" ꝛc. ꝛc., so ist doch damit nichts anderes gesagt, als ein auf unzureichenden Beweis bereits für klagfrei erklärter Angeschuldigter kann nicht wieder neuerdings in Untersuchung gezogen werden, außer wenn sich dazu in Bezug auf das in Frage stehende Verbrechen neuerdings solche Inzichten gegen ihn herausstellen, welche überhaupt zur Einleitung einer Untersuchung hinreichend sind; denn es ist eine bekannte Sache, daß auch zur Einleitung einer Criminaluntersuchung gegen eine bestimmte Person hinlängliche Verdachtsgründe oder Inzichten vorhanden seyn müssen. Art. 22. CCC.

Freilich bedarf es dazu nicht immer einer nahen Anzeige, d. h. einer solchen, welche zur Anwendung der Tortur berechtigt hätte, aber es muß doch immer eine solche seyn, welche dem Richter einen zureichenden Grund abgiebt, Schlüsse auf das in Frage stehende Verbrechen zu ziehen; insofern kann man auch die von dem Verfasser des Aufsatzes Nr. 30 der Annalen gemachte Unterabtheilung in entfernt und nahe Inzichten als auch gesetzlich begründet wohl zugeben, ohne aber dadurch zu dem von ihm gezogenen Schlusse zu gelangen, daß nun nach Abschaffung der Tortur auch ein vollständiger Indicienbeweis eine Verurtheilung des Angeschuldigten zur ordentlichen Strafe begründe; und wenn ich auch gerne einräumen will, daß es nicht selten Fälle giebt, wo die durch Indicien constatirte Schuld ebenso einleuchtend ist, als wenn sie das Ergebniß von zwei Zeugen Aussagen wäre, und vom legislativen Standpunkt aus damit einverstanden bin, unter gehörig schützenden Formen auch auf zusammentreffende Inzichten das Schuldig auszusprechen; so muß man sich doch immer daran erinnern, daß der Richter nicht auf diesem, sondern auf dem positiven Standpunkte steht und er sich nicht solle zu dem Trugschluß verleiten lassen, daß, weil es nach seiner Meinung so seyn sollte oder könnte, es auch wirklich so sei.

Daß aber unser Strafedict die alte Theorie der Carolina, „auf bloße Anzeigen soll keine peinliche Strafe erkannt werden" in ihrem ganzen Umfange beibehalten wollte, dieß scheint mir sogar der §. 10. klar auszusprechen. Denn wenn derselbe unter Bezugnahme auf Art. 45—70 CCC., worin die Voraussetzungen der Anwendbarkeit und die Wirkungen der Tortur aufgezählt sind, bestimmt, daß nunmehr außer in den Tab. a und b. eingeführten Fällen keine Tortur mehr statt finden solle, und dann fortfährt: Außer diesen beiden Fällen findet sie nicht statt, sondern es ist a. alsdann, wenn auch Beschaffenheit der That und des Verbrechens aus der Entlassung des Thäters weder für die allgemeine Sicherheit, noch für die gesellschaftliche Sittlichkeit Gefahr zu befürchten ist, derselbe klagfrei zu erklären. Wenn aber b. in der einen oder andern Beziehung Besorgniß mit seiner Entlassung verbunden wäre, so ist er zu einer Verhaftung im Zuchthaus, wenn er ein sonst verächtige Person, oder im Arbeitshaus, wofern er sonst noch unbescholten ist, zu verurtheilen ꝛc. ꝛc., so ist doch hierdurch mit klaren Wortrn der Satz ausgesprochen.

Auf genugsame Anzeigen findet zwar nicht mehr, wie früher, die im Art. 22. CCC. bestimmte Tortur statt, sondern der Angeschuldigte muß nun für klagfrei (nach §. 18. des Straf Edicts nur für eine verdächtige Person) erklärt werden; wenn aber mit seiner Entlassung Gefahr für die allgemeine Sicherheit oder gesellschaftliche Sittlichkeit verbunden wäre, so ist er, je nachdem er eine verächtige Person ist oder nicht, auf eine angemessene Zeit in das Zucht- oder Arbeitshaus zu verurtheilen.

Das Verbindungswort „sondern" womit der Verfasser des Aufsatzes Nr. 30 eine wie mir scheint unrichtige Bedeutung verbindet, läßt lediglich keine andere Auslegung zu.

Nur so läßt sich auch für die exorbitante Bestimmung des §. 10, daß ein für klagfrei erklärter Angeschuldigter unter Umständen dennoch oft zu langjährigem Zucht- oder Arbeitshaus verurtheilt werden könne, einige rechtliche Begründung finden, während sich für den Satz, daß man schon auf einzelne unzusammende Anzeigen, das heißt auf bloßen Verdacht hin eine solche Detention erkennen dürfe, auch gar nichts rechtlich haltbares anführen läßt; ja die

Annahme des Gegentheils würde auch noch mit dem Geiste unseres Strafedicts in Widerspruch gerathen, der, wie schon der Eingang andeutet, überall von einer mildern Ansicht ausgeht.

Wenn wir aber sodann aus diesem Eingang noch ferner ersehen, daß es der Gesetzgeber nur als ein provisorisches Normativ über die Anwendungsart der noch als Reichsstrafgesetz geltenden peinlichen Halsgerichtsordnung erklärt; so leidet es vollends keinen Zweifel mehr, daß es gar nicht in des Gesetzgebers Absicht gelegen seyn könnte, in der unsere Fragebildenden Materie eine solch durchgreifende Aenderung an der noch bestehenden Gesetzgebung eintreten zu lassen, und es wäre unbegreiflich, daß, wenn dies seine Absicht war, er gerade die Beantwortung einer solchen Hauptfrage nur zu errathen gelassen hätte. Es ist aber klar, daß er ihre Wichtigkeit und das Durchgreifend derselben ebenso sehr gefühlt hat, als die Gefahr, jetzt schon durch ein provisorisches Gesetz eine Aenderung des Bestehenden zu verfügen; er begnügte sich also vorläufig und in der freilich getäuschten Voraussicht einer bald ins Leben tretenden neuen Strafgesetzgebung mit der von der Menschlichkeit und Zeit gebotenen Abschaffung der Tortur und als Ersatz dafür mit dem Nothbehelf der Detention, welche der §. 10 gegen die der öffentlichen Sicherheit und Sittlichkeit vorzugsweise gefährlichen, nach der bestehenden Beweistheorie aber nicht völlig überwiesenen Verbrecher dem Richter zu erkennen einräumt.

Möge nun die Gesetzgebung recht bald dieser Halbheit ein Ende machen, damit nur Denjenigen, welcher eines Verbrechens überwiesen ist, auch die gesetzliche Strafe treffe und sich nicht allmählig eine Gerichtspraxis bilde, welche, wie gezeigt, auf keinem gesetzlichen Boden beruht.

Buisson.*)

II.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Auslegung der L. R. S. 972, 973. und 1001.

Simon K. in B., Namens seiner Ehefrau, und der Martin L. Wittwe, Anna Maria geborne H. von da,

gegen

Peter H. von W. und dessen ledige Tochter, Anna Maria H., sodann die Jakob St.'sche Wittwe von E., Anna Maria geborne H.

Testaments-Nichtigkeit betreffend.

Der letzte Wille, welcher hier in Frage stand, ist folgenden hieher gehörigen Inhaltes:

„Johann Georg L. Wittwe, Elisabetha geborne H. von hier, 67 Jahre alt, ließ zur Errichtung eines letzten Willens in öffentlicher Form heute an dem zu Ende gesetzten Tag mich, den Verpflichteten von großherzl. Amtsrevisorat L. zur Urkundenaufnahme beauftragten Theilungskommissär Wilhelm S., wohnhaft zu K., zu sich rufen; und mit mir als Zeugen . . . .

Bei unserm gleichzeitigen Zusammenseyn und unter Entfernung aller übrigen Personen erklärte Testirerin, daß die gegenwärtigen Zeugen die ihr von mir, dem Kommissär, eröffneten nöthigen gesetzlichen Eigenschaften besitzen, um diesem Akte anwohnen und denselben beurkunden zu können; und sprach hierauf ihren letzten Willen in wahrnehmendem Zustande der reinen Vernunft und Sinneskräften, so wie aus freier Entschließung in Folgendem aus:

. . . .

Auf nochmals deutliches Ablesen von mir, dem Kommissär, im Beiseyn der Zeugen — wie dieß auch eigenhändig niedergeschrieben wurde, erklärt die Testirerin, daß hiedurch ihrem Willen vollkommen entsprochen sei, was sie jedoch wegen totaler Schwäche nur mit ihrem Handzeichen hier beurkunden werde" . . . .

So geschehen B. den 11. Januar 1837.

Testirerin Elisabetha H.
mit Hand ✝✝ zeichen
L. S.

Als Testamentserben waren ein Bruder der Erblasserin, die Tochter dieses Bruders, und eine Schwester eingesetzt, dagegen waren die zwei Kinder eines verstorbenen Bruders, Sebastian H., übergangen. Die Erblasserin starb am 12. Januar 1837 und als der letzte Wille den gesetzlichen Erben verkündet worden war, klagten die Uebergangenen gegen die Eingesetzten auf Umstoßung jenes Testamentes wegen Nichtigkeit. Diesem Begehren ward vom Amte L. entsprochen, indem es den letzten Willen aus allen klagender Seits vorgetragenen Gründen für nichtig erklärte. Dagegen ergriffen die Testamentserben die Appellation, verkündeten dem Theilungskommissär S. und Amtsrevisor B. den Streit und erboten sich, auf richterliche Weisung darzuthun, daß alle gesetzlichen Förmlichkeiten eingehalten worden seien. Es erging jedoch ein bestätigendes Erkenntniß, gebaut auf folgende

Entscheidungsgründe:

Die Kläger sind als Stellvertreter ihres verstorbenen Vaters, Sebastian H., gesetzliche Erben seiner Schwester Elisabetha, Wittwe des Johann Georg L., welche am 12. Januar 1837 gestorben ist. Sie hatte jedoch am 11. Januar 1837 ein öffentliches Testament errichtet, worin die Beklagten eingesetzt, die Kläger aber übergangen sind. Es ist darum Zweck der Klage jenes Testament umzustoßen, und so der gesetzlichen Erbfolge Eingang zu verschaffen. Der thatsächliche Klaggrund ist darein gesetzt, weil

*) Hofg. Assessor in Rastadt.

1) in dem Testamente nicht erwähnt sei, daß es dem Staatsschreiber von der Erblasserin vorgesprochen wurde,

2) weil nicht erwähnt sei, daß der letzte Wille von dem Staatsschreiber niedergeschrieben worden sei;

3) weil darin keine Erwähnung geschehe, daß der letzte Wille der Erblasserin vorgelesen worden sei;

4) weil das Testament von der Erblasserin nicht unterzeichnet und eine Hinderungsursache nicht angeführt sei.

Der Antrag geht dahin, das Testament für nichtig zu erklären, und dieses Begehren erscheint an sich als gegründet. Denn die gesetzlichen Förmlichkeiten der Testamente sollen bei Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden, L. R. S. 1001, und es gehört namentlich zu den Förmlichkeiten eines öffentlichen Testamentes:

1) daß darin unter Anderm ausdrücklich erwähnt wird, wie

a) der letzte Wille dem Staatsschreiber vorgesprochen,

b) von diesem niedergeschrieben, und

c) das Niedergeschriebene dem Erblasser vorgelesen wurde.

2) daß der Erblasser die Urkunden unterzeichnet hat oder darin seiner Erklärung und der Hinderungsursache ausdrücklich gedacht ist. L. R. S. 972, 973.

Die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann bei diesem bestimmten Ausspruche des Gesetzes nicht durch Schlüsse und Vermuthungen dargethan werden, indem es dem Ermessen des Richters nicht zu prüfen überlassen ist, ob die Absicht des Gesetzes erreichbar sei. L. R. S. 6k.

Im unterliegenden Falle ist nun am Schlusse des Testamentes wörtlich angeführt:

„Auf nochmals deutliches Ablesen von mir, dem Kommissär, im Beiseyn der Zeugen — wie dieß auch eigenhändig niedergeschrieben wurde, erklärt die Testirerin, daß hierdurch ihrem Willen vollkommen entsprochen sei, was sie jedoch wegen totaler Schwäche nur mit ihrem Handzeichen beurkunden werde" . . . .

Damit ist ausgesprochen, daß vor der Erblasserin, welche alsbald noch eine Erklärung abgibt, und in Gegenwart der Zeugen etwas abgelesen wurde, was als Umschreibung des gesetzlichen „Vorlesens" gilt. Daß aber der Inhalt des Testaments durch das Wort „dieß" bezeichnet werde, ist wenigstens nicht unzweifelhaft. Eben so gibt das Wörtchen „wie" nicht deutlich an die Hand, daß das Niederschreiben auf die nämliche Art vorgenommen wurde, gleichwie das Ablesen, d. i. von dem Kommissär und in Gegenwart der Zeugen, weßhalb dem Gesetze hier nicht entsprochen ist.

Wenn endlich die Erblasserin erklärt, daß sie wegen totaler Schwäche nur mit ihrem Handzeichen beurkunden werde, so liegt darin auch die Aeußerung, daß sie wegen Schwäche etwas mehr zu thun nicht vermöge, und dieß allein wäre schon hinreichend gewesen, um sie vom Unterzeichnen zu entbinden. Hat sie daher noch ein Handzeichen beigesetzt, so war solches überflüssig, und kann darum die Wirkung nicht haben, den sonstigen Inhalt des Testamentes zu entkräften.

Ein weiteres Erforderniß des letzten Willens in öffentlicher Form besteht darin, daß derselbe vom Erblasser dem Staatsschreiber vorgesprochen, und daß es geschehen, in der Urkunde ausdrücklich erwähnt werde. Diese Förmlichkeit ist durch die Gesetzerläuterung vom 29. August 1817 nicht aufgehoben, sondern nur dahin gemildert, daß der Staatsschreiber nur verbunden sei, den Sinn der bestimmten Erklärung des Testators so viel als möglich wörtlich und verständlich niederzuschreiben, was den Staatsschreiber nur entbindet, sich den letzten Willen von Wort zu Wort in die Feder vorsagen zu lassen. Immerhin muß der letzte Wille dem Staatsschreiber vorgesagt und davon in der Urkunde Erwähnung gethan werden, und dieß Letztere wenigstens ist aus der vorliegenden Testamentsurkunde nicht zu ersehen. Zwar enthält deren Eingang die Anführung, daß er zur Errichtung eines letzten Willens und mit ihm vier Zeugen berufen worden seien; der Verfolg sagt aber weiter nichts als:

„Bei unserm gleichzeitigen Zusammenseyn . . . . . . erklärte Testirerin . . . . . . und sprach hierauf ihren letzten Willen . . . . . . in folgendem aus: . . . . ."

Daraus läßt sich wohl schließen, daß der Staatsschreiber die Erklärung vernommen habe, noch mehr, es läßt sich, in Verbindung damit, daß der Staatsschreiber den letzten Willen niedergeschrieben hat, weiter folgern, daß die Rede der Erblasserin zunächst an den Staatsschreiber gerichtet war. Solche Schlüsse sind jedoch nach dem Obigen hieher nicht anwendbar, und jedenfalls ist davon in der Urkunde keine ausdrückliche Erwähnung geschehen.

Ueber letzteren Umstand ist insbesondere kein anderer Beweis denkbar als durch die Urkunde selbst, weßhalb eine Beweisauflage in dieser Instanz als durchaus unzulässig sich darstellt.

A. d. G. Mayer.

III

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall.

Ist der Vorbehalt der Eideszuschiebung nach §. 575 der P. O. im ordentlichen Verfahren II. Instanz und wo ist er zuläßig?

Kaum war dahier, und zwar im II. Senat des Gerichtshofs, in einem Verfahren I. Instanz über einen unbedingten

Befehl der Vorbehalt der Eideszuschiebung als unstatthaft verworfen worden, so kam bald darauf ein Fall zur Entscheidung, wo in einer zum ordentlichen Verfahren gehörigen Streitsache II Instanz der Appellant über eine schon in I. Instanz zum Beweis ausgesetzter Thatsache in seiner Appellationsbeschwerdeschrift mehrere neue Beweismittel vorbrachte, und sich weiters darüber die Zuschiebung des Haupteides vorbehielt. Nach erhobener Appellationsvernehmlassung und stattgehabter mündlicher Verhandlung wurden die angetretenen Beweise als gänzlich unerheblich, der Eidesvorbehalt aber als unstatthaft verworfen.

Dieses Letztere, die Verwerfung eines in der Appellationsbeschwerdeschrift vorgekommenen Eidesvorbehalts des §. 5.5 der P. O. ist hier zum erstenmal geschehen; wahrscheinlich ist sie anderwärts noch nie eingetreten, weßhalb eine nähere und ausgedehntere sich nicht auf das kürzere Gebiet der Entscheidungsgründe beschränkende Untersuchung der Frage über den Eidesvorbehalt in II. Instanz bei ihrem praktischen Werth nicht unwillkommen seyn wird.

Ich hätte zwar diese Untersuchung mit Jener über die Zulässigkeit des Eidesvorbehalts im Verfahren des unbedingten Befehls und überhaupt im abgekürzten Verfahren vereinigen können. Allein die Letztere war schon ganz fertig, und da beiderlei Ausführungen ihre obersten Grundsätze zwar miteinander gemein haben, dagegen aber wider in ihrer besondern Durchführung von einander verschieden sind, so glaubte ich beide Ausführungen umsomehr von einander getrennt erscheinen lassen zu dürfen, als gerade diese Trennung die Frage über das Wesen und den Ort des Eidesvorbehalts um so schärfer herausstellt, und sonach beide Ausführungen sich gegenseitig in der Richtigkeit ihrer Entscheidungen bestärken.

Geht man nun auch hier wieder auf den obersten Grundsatz der P. O. hinsichtlich dieser Frage zurück, daß nämlich die streitenden Partien ihre Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel da, wo ihr geordneter Platz im Verfahren ist, dem Richter zusammen vorbringen müssen, so findet man diesen Grundsatz für die Appellationsinstanz ebenfalls ausgesprochen, indem der Appellant und der Appellat ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel, sowie im Fall einer Beweisanticipation ihre Beweismittel nach §. 1170, 1218 der P. O. in der Appellationsbeschwerdeschrift und Vernehmlassung zusammen dem Richter vortragen müssen.

Von diesem Grundsatz macht aber der Eidesvorbehalt des §. 575 der P. O. durch seine Trennung des Beweismittels des Eides von den andern wirklich angetretenen Beweismitteln eine für den ganzen Gang des Verfahrens um so empfindlichere Ausnahme, als bei der Natur des Eides dieses Beweismittel in seinem Zwischenverfahren über Feststellung der Eidesformel und in seiner Vermöglichung der Gewissensvertretung weitläufige Verhandlungen in vielen Fällen nach sich zieht. Schon als Ausnahme eines allgemeinen Grundsatzes, und insbesondere als eine dem schnellen Fortgang des Rechtsstreites sehr in den Weg tretende Ausnahme ist sie daher auf ihren, ihr im Gesetz angewiesenen Platz zu beschränken, weßhalb es zur Entscheidung der Frage über den Eintritt des Eidesvorbehalts vor allem nothwendig ist, darüber sich zu verständigen, für welche Art und für welchen Ort des Verfahrens der §. 575 der P. O. den Eidesvorbehalt einführt.

In dieser Beziehung ist nun vor Allem richtig, daß der §. 575 der P. O. in dem Abschnitt des Verfahrens I. Instanz steht. Allein daraus läßt sich nichts für seine Unabwendbarkeit in II. Instanz folgern, weil bekanntlich das Verfahren II. Instanz sich nach den Regeln der I. Instanz richtet, insofern nicht die Titel über das Appellationsverfahren etwas Verschiedenes festgesetzt haben. Eine ausdrückliche Verschiedenheit, und insofern die ausdrückliche Aufhebung einer Vorschrift der I. Instanz wird man jedoch zu ihrer Unanwendbarkeit in II. Instanz nicht verlangen dürfen, sondern die Nachweisung wird genügen, daß aus sonst bestimmten Vorschriften der II. Instanz es mit nothwendiger Schlußfolgerung anzunehmen ist, daß entweder die Vorschrift I. Instanz gar nicht eintritt, oder daß sie nur für jene Lage des Verfahrens II. Instanz eintritt, welche der Lage des Verfahrens I. Instanz gleichkommt.

Betrachtet man nun den §. 575 der P. O., so findet man alsbald, daß er nur auf den Fall geht, wo im ordentlichen Verfahren ein Beweiserkenntniß erlassen, und vom Beweisführer daraufhin der Beweis mit andern Beweismitteln angetreten und sich der Eid vorbehalten wurde, denn dafür sprechen die Ausdrücke des §. 575, wo er von Beweisfrist, Beweisführer, beendigtem Beweisverfahren spricht, indem dieses namentlich eine wirkliche Beweisfrist und ein gesondertes Beweisverfahren nur dann vorkommt, wo ein Beweiserkenntniß erlassen, und nach dem Schluß des ersten Verfahrens ein eigenes Beweisverfahren eingeleitet wird.

Daß aber der §. 575 nur auf den Fall geht, wo im ordentlichen Verfahren ein Beweiserkenntniß erlassen wurde, läßt sich auch noch anderwärts beweisen.

Soviel wird nämlich richtig seyn, und ich kann mich deßhalb auf meine Ausführung zu dem andern Rechtsfall über die Zulässigkeit des Eidesvorbehalts beziehen, daß von dem Eidesvorbehalt bei dem abgekürzten Verfahren I. und II. Instanz überhaupt keine Rede seyn kann, weil das nach §. 575 der P. O eintretende Verfahren, insbesondere die Trennung des Eides von der im abgekürzten Verfahren alsbald und zusammen geschehenden Beweisantretung und die Gestattung einer eigenen Frist zur wirklichen Eideszuschiebung,

ein solches ist, welches als ganz unvereinbarlich mit dem Wesen des abgekürzten Verfahrens erklärt werden muß.

Wenn sonach der §. 575 der P. O. auf das ordentliche Verfahren I. Instanz beschränkt werden muß, wenn sodann nicht zu bezweifeln seyn wird, daß der Eidesvorbehalt als die eine Eideszuschiebung vorbereitende und einleitende Handlung nur als eine Handlung der Beweisantretung anzusehen ist, so geht die Frage nach dem Platz des Eidesvorbehalts in die allgemeine Frage über, wo die Beweisantretung im ordentlichen Verfahren überhaupt zu geschehen hat. Abgesehen nun von der nicht hieher gehörigen Widerherstellung wegen der im Laufe einer Instanz neu aufgefundenen Beweismittel, so hat die Beweisantretung nur zwei Plätze im Lauf des Verfahrens einer Instanz; entweder geschieht sie nach Fällung eines Beweiserkenntnisses im Laufe der darin festgesetzten Beweisfrist, oder sie geschieht anticipando, d. h. in Verbindung mit dem Vortrag der zu beweisenden Thatsachen an dem Platz, welcher dem Vortrag dieser Thatsachen selbst bestimmt ist. Durch den §. 249 der P. O. ist aber die Beweisanticipation mit der Klage, und was von der Klage gilt, gilt nach §. 293 der P. O. auch von der Einrede und den folgenden Schriftsätzen, auf die Beweismittel der Urkunden und des Augenscheins beschränkt. Es kann also im ordentlichen Verfahren I. Instanz der Beweis durch Eideszuschiebung nicht anticipirt werden, der Eidesvorbehalt ist aber eine die Eideszuschiebung einleitende Handlung, also in der Klage oder Einrede schon enthalten, ebenfalls eine Beweisanticipation, und da solche hinsichtlich des Eides unzulässig ist, so bleibt für den Eidesvorbehalt im ordentlichen Verfahren I. Instanz gar keine andere Stelle übrig, als die Beweisantretung auf ein ergangenes Beweiserkenntniß, wovon denn auch der §. 575 der P. O. in Erwähnung einer Beweisfrist und eines Beweisverfahrens ausdrücklich spricht. Vergebens würde man sich dagegen auf den §. 575 in seinem Eingang berufen, wornach die Eideszuschiebung in jeder Lage des Prozesses zulässig ist, denn abgesehen davon, daß man hiegegen in strenger Festhaltung des Wortausdrucks schon sagen kann, daß zwar die wirkliche Eideszuschiebung nicht aber der Eidesvorbehalt in jeder Lage des Rechtsstreits zulässig sei, so ist diese allgemeine Vorschrift über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung immer nur unter Beobachtung der sonst darüber vom Gesetz vorgeschriebenen Ausnahmen zu verstehen, und so wenig im Verlauf der Oberappellationsinstanz die Eideszuschiebung deßhalb zulässig ist, weil dorten nach §. 1242 der P. O. Art. 12 der Prozeßnovelle keine neue Beweismittel vorgetragen werden können, ebensowenig ist die Eideszuschiebung, so wie der sie einleitende und vorbereitende Eidesvorbehalt in Verbindung mit der Klage zulässig, weil der §. 249 der P. O. die Beweisanticipation mittelst Eideszuschiebung verbietet.

Hat man hiernach als alleinigen Platz des Eidesvorbehalts im ordentlichen Verfahren I. Instanz den der Beweisantretungsschrift auf ergangenes Beweiserkenntniß gefunden, so findet man auch in der Appellationsinstanz sowie jetzt nach der Prozeßnovelle auch in der Oberappellationsinstanz Beweiserkenntnisse, und da nun das Verfahren in diesen beiden obern Instanzen sich nach dem Verfahren der I. Instanz richtet, insofern deßhalb nichts Verschiedenes vorgeschrieben wird, hinsichtlich des Beweisverfahrens in II. Instanz auf ein erlassenes Beweiserkenntniß aber nichts Verschiedenes vorgeschrieben ist, so wird man annehmen müssen, daß in II. und III. Instanz der Eidesvorbehalt da zulässig ist, wo auf ein erlassenes Beweiserkenntniß hin der Beweis mittelst anderer Beweismittel angetreten und die Eideszuschiebung vorbehalten wird.

Hinsichtlich der Beweisanticipation ist dagegen im ordentlichen Verfahren I. Instanz festgestellt, daß solche nicht mit einem Eidesvorbehalt verbunden werden kann, und da nun im Verfahren der obern Instanzen ausdrücklich deßhalb nichts Verschiedenes festgesetzt ist, der Eidesvorbehalt aber als Ausnahme des allgemeinen Grundsatzes gleichzeitiger Beweisantretung nicht zu begünstigen ist, so würde man schon hiernach für die obern Instanzen anzunehmen haben, daß ein Eidesvorbehalt, der bei der Beweisanticipation in der Appellationsbeschwerdeschrift oder Vernehmlassung vorkommt, als unstatthaft verworfen werden muß.

Wie man aber gesehen haben wird, so ist die Unzulässigkeit des Eidesvorbehalts in einer Klage oder Einrede des ordentlichen Verfahrens I. Instanz hauptsächlich darauf gestützt worden, daß die Anticipation des Beweismittels des Eides in der Klage unzulässig ist, und da man nun zugeben muß, daß die Beschränkung der Beweisanticipation auf die im §. 249 der P. O. angeführten Beweismittel der Urkunden und des Augenscheins in der Appellationsinstanz nicht eintritt, indem die §§. 1170, 1218 in Verbindung mit dem §. 1221 der P. O. eine Beweisanticipation ohne alle Einschränkung bei der Appellationsbeschwerdeschrift und der Appellationsvernehmlassung gestatten, so wird es sich fragen, ob bei dieser Unbeschränktheit der Beweisanticipation in II. Instanz nicht anzunehmen ist, daß also auch der zur Beweisanticipation gehörige Eidesvorbehalt in der Appellationsbeschwerdeschrift und Vernehmlassung zugelassen werden muß.

Diese Frage wird jedoch sowohl in Berücksichtigung der besondern Vorschriften über das Appellationsverfahren als auch in Hinsicht auf dessen allgemeine Grundsätze lediglich zu verneinen seyn.

Wenn nämlich die §§. 1170 Nr. 4 und 1218 Nr. 5 der P. O. für den Appellanten und den Appellaten die Beweisanticipation ganz unbeschränkt und also auch mittelst Eideszuschiebung gestatten, so sind sie beide als Vorschriften zu

betrachten, welche gegenüber dem Verfahren I. Instanz und insbesonders gegenüber dem §. 249 der P. O. etwas Verschiedenes für das Appellationsverfahren vorschreiben. Sowie man sich aber hinsichtlich der Beweisanticipation mittelst der Eideszuschiebung auf diese Verschiedenheit berufen will, so muß man sie auch gerade als Verschiedenheit des Verfahrens beider Instanzen so annehmen, anwenden und auslegen, wie sie vom Gesetz bestimmt ist. Nun schreiben aber beide §§. 1118 und 1221 übereinstimmend vor, daß die Appellationsbeschwerdeschrift und die Appellationsvernehmlassung, wenn der Appellant oder der Appellat die Beweisantretung anticipirt, die Anführung und Verzeichnung der neuen Beweismittel alsbald enthalten muß. Es muß also das Beweismittel als solches benannt und in der sonst vorgeschriebenen Weise angeführt und angetreten seyn, und da nun ein Eidesvorbehalt nicht als eine vollständige das Beweismittel des Eides alsbald auch wirklich gebrauchende, sondern nur als eine vorbereitende Beweisanticipation angesehen werden kann, die wirkliche Beweisanticipation aber nach ausdrücklicher Vorschrift der §. 1118 und 1221 nothwendig ist, so muß der Eidesvorbehalt bei der Appellationsbeschwerdeschrift und der Appellationsvernehmlassung verworfen werden, denn eine vollständige Beweisantretung ist er nicht, und als ausgenommen von der Vorschrift vollständiger Beweisantretung ist er nirgends in beiden §§. angeführt. Man kann dagegen nicht einwenden, daß das Gesetz durch den Ausdruck, Anführung und Verzeichnung der neuen Beweismittel gerade die Zuläßigkeit einer nur vorbereitenden, also gerade den Eidesvorbehalt einschließenden Beweisanticipation gleichsam nur die Benennung der Beweismittel bezeichnen und vorschreiben wollte, denn dagegen spricht der Umstand, daß beide §§. übereinstimmend ihre Vorschriften dafür geben, wo der Appellant oder Appellat die Beweisantretung anticipirt, und da nun eine anticipirte Beweisantretung nur hinsichtlich des Platzes nicht aber hinsichtlich der Art und Weise ihrer Form von der ordentlichen Beweisantretung auf ein Beweiserkenntniß verschieden ist, so muß man beide Ausdrücke der §§. 1118 und 1221 dahin auslegen, daß die Beweisantretung je nach Art des Beweismittels vollständig geschehen, also der Eid wirklich zugeschoben und nicht nur vorbehalten werden muß. Es kann auch an dieser Auslegung der Ausdrücke der §. 1118 und 1221 um so weniger gezweifelt werden, als ja der §. 1221 Nr. 23 den Appellaten bei Strafe der Versäumung zur Erklärung auf die angetretenen neuen Beweise und zur Vorbringung der Beweiseinreden verbindet, und beides bei einem nur vorbehaltenen Eid, dessen Formel man gar nicht kennt, unmöglich ist.

Obschon also hinsichtlich der Beweisanticipation eine Verschiedenheit des Verfahrens I. und II. Instanz besteht, so kommt diese Verschiedenheit doch nicht zu dem Ergebniß, daß auch der Eidesvorbehalt gleichwie die Eideszuschiebung zulässig seie, und wenn man die sonstigen Vorschriften über das Appellationsverfahren betrachtet, so wird man sich noch mehr von seiner Unzulässigkeit mit der Appellationsbeschwerdeschrift und Vernehmlassung überzeugen.

Die Natur der Sache giebt es, daß der Rechtsstreit in der ersten Instanz, wo seine Thatsachen und Rechtsgründe dem Richter erstmals vorgelegt werden, immer weitläufiger ist, und daß er in den höhern Instanzen sich vereinfacht. Ebendeßhalb wird daher auch ein gutes Gesetzbuch die Appellationsverhandlungen möglichst suchen zu vereinfachen. Unsere P. O. thut dieses auf eine unverkennbare Weise, indem sie z. B. nach §. 1215 in vielen Fällen keine Appellationsvernehmlassung erhebt, und indem sie gerade zum Zweck dem Appellationsrichter alles zur Entscheidung dienende alsbald vorzulegen, die Schranken der Beweisanticipation in der II. Instanz aufhebt. Erkennt man aber, wie man muß, Vereinfachung des Verfahrens als einen Hauptgrundsatz des Appellationsverfahrens an, so muß man sich obenhinweg gegen die Zuläßigkeit des Eidesvorbehalts mit der Appellationsbeschwerdeschrift oder Vernehmlassung erklären, indem dadurch ein Verfahren herbeigeführt wird, welches dem Grundsatz der Vereinfachung geradezu widerspricht.

Der Eidesvorbehalt tritt nämlich seiner Natur nach nur da ein, wo der Beweisführer noch andere Beweismittel besitzt, und solche dem Richter wirklich vorlegt. Angenommen also, es wird sich der Eid in der Appellationsbeschwerdeschrift vorbehalten, so muß der Richter wegen der andern angetretenen Beweismittel die Appellationsvernehmlassung erheben, und alsdann die Tagfahrt des §. 1220 abhalten. Hat aber das wirklich angetretene Beweismittel kein Ergebniß geliefert, so geht der Rechtsstreit in der Tagfahrt des §. 1220 nicht aus, sondern jetzt setzt der Richter Frist zur Zuschiebung des Eides, und muß daraufhin schriftliche Erklärung des Appellaten einfordern. Nach deren Einkommen ist sodann abermalige Tagfahrt zur Verhandlung anzuberaumen, welche überdies noch eine andere zur Festsetzung der Eidesformel nach sich ziehen kann. Damit ist aber die Sache noch nicht erledigt, denn wenn der Eid nicht über eine schon in I. Instanz zu Beweis ausgesetzte Thatsache vorbehalten und zugeschoben war, sondern über eine an sich neue, oder eine alte aber nicht zu Beweis ausgesetzte Thatsache ergeht, so ist der Eidesvorbehalt eine Beweisanticipation aber eine noch nicht zu Beweis ausgesetzte Thatsache, und dann kann es sehr leicht vorkommen, daß der Appellationsrichter nach der zweiten oder dritten Verhandlung erst noch ein Beweiser,

kenntniß erläßt, und daß also in der Appellationsinstanz, welche doch einfacher seyn soll als die erste, der Eidesvorbehalt zwei, drei Verhandlungen veranlaßt, welche in der I. Instanz wegen Unzulässigkeit der Beweisanticipation mittelst Eideszuschiebung gar nicht vorkommen können. Eine solche maßlose Verschleifung des Appellationsverfahrens durch den Eidesvorbehalt ist nicht als im Geist des Gesetzes liegend anzunehmen, und wenn man noch bedenkt, daß nicht nur die mündlichen Verhandlungen vermehrt werden, sondern daß durch Zulassung des Eidesvorbehalts mit der Appellationsbeschwerdeschrift der Sache nach hinsichtlich der Beweisanticipation eine zweite Schrift des Appellanten mit dem Inhalt der wirklichen Eideszuschiebung nothwendig wird, welche sodann hinsichtlich der schriftlichen Erklärung des Appellaten auf die wirkliche Eideszuschiebung eine zweite Appellationsvernehmlassung nach sich zieht, wovon doch in dem ganzen Abschnitt über das Appellationsverfahren nichts ersichtlich ist, so wird man sich überzeugen, daß das Gesetz den Eidesvorbehalt in der Appellationsbeschwerdeschrift und Vernehmlassung als unzulässig verworfen haben will.

Als dem Hauptgrundsatz gleichzeitiger Beweisantretung entgegenstehend, als eine große Verschleppung des Rechtsstreits mit sich führend, ist der Eidesvorbehalt überhaupt möglichst auf seinen ihm vom §. 575 der P. O. angewiesenen Platz zu beschränken, so daß sich, wenn ich nicht irre, und hingesehen auf die andere Ausführung über seine Zulässigkeit im abgekürzten Verfahren über den Eidesvorbehalt folgendes aussprechen läßt:

1) in allen Prozeßarten des abgekürzten Verfahrens jeder Instanz ist der Eidesvorbehalt unzulässig;
2) im ordentlichen Verfahren I. Instanz, so wie im ordentlichen Verfahren der obern Instanzen ist der Eidesvorbehalt unzulässig als Beweisanticipation mit der Klage und Einrede, sowie mit der Appellationsbeschwerdeschrift und Vernehmlassung, und nur
3) im ordentlichen Verfahren I. und II. Instanz ist der Eidesvorbehalt in der auf ein Beweiserkenntniß erfolgten Beweis- oder Gegenbeweisantretung zulässig.

Sander.

III.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

4. Der Wille.

(Fortsetzung.)

So auch, wenn man von dem Anerkanntseyn eines Rechts redet, und damit meint, daß das einzelne Recht von allen gewußt und auch als solches gewollt werde, so ist hier das existirende Daseyn des Wissens und des Willens nicht zu trennen, wenn das Anerkennen noch einen Sinn haben soll. Im Vertrage also würde z. B. das Eigenthum auf der Einheit des Willens mit dem Wissen beruhen. Daß diese Einheit durch Gründe bedingt ist, weil der Wille, als mein Wille, das in sich Allgemeine ist (Ich ist dieses Unbestimmte), dies ändert das Verhältniß nicht, denn auch eine bedingte Einheit kann nothwendig seyn, und vielleicht ist die Nothwendigkeit selbst nichts weiter, als Bedingtseyn. — Wir müßten nur ein allgemeines Wort haben, um das Denken und den Willen auch in der Sprache als so enge verbunden überall zu empfinden, als sie es in der That sind. Wenn wir das, was wir durch die Ausdrücke Idee, Ansicht u. s. w. bezeichnen (z. B. die Idee des Rechts oder das, was das Recht an sich ist) in der Sprache so geben könnten, daß das, was an sich gerecht ist, als an sich seiender Wille Aller erschiene, dann würde es noch weit klarer in die Augen fallen, daß es z. B. auch sein Recht ist und worauf auch das Daseyn seiner Freiheit beruht hatte, was den Verbrecher verdammt. Daß jede Handlung, als Handlung eines vernünftigen Wesens, als solche schon etwas ist, was der allgemeinen Anerkennung angehört, ist in demselben Begriffe des vernünftigen allgemeinen Willens enthalten. Und hier ist, gelegentlich bemerkt, der Punkt, wo sich die Berechtigung zur Strafe, auch zur höchsten, entscheidet, denn, wenn Denken und Wollen nicht getrennt werden können und böses Thun die böse Gesinnung in sich schließt, so wird auch sogar die Todesstrafe wenigstens nicht deßwegen beseitigt werden können, weil der Verbrecher nicht seine Einwilligung im gesellschaftlichen Vertrage dazu gegeben habe. Die zufällige Gemeinschaftlichkeit und die vernünftige Allgemeinheit sind folglich immer zu unterscheiden, und wenn Kinder und Narren auf keine Weise der Vernunft und dem Allgemeinen unterthan sind, als nur durch Bande der Liebe und des Mitgefühls, so ist doch der geistig freie Mensch dem Recht und der Strafe schon darum unterthan, weil ihm auch die Ehre und die Erreichung aller vernünftigen Zwecke offen steht. Durch sein Thun äußert der Mensch sein Denken, und daß das Innere und Aeußere nicht in der Weise verschieden sind, wie man gewöhnlich sich einbildet, dieß werden wir in der Folge Gelegenheit nehmen müssen, als ein wichtiges Verhältniß in seinen Grundzügen etwas näher darzustellen. Da es jedoch hier nur um Andeutung, nicht aber um Ableitung der Grundgedanken im Einzelnen, zu thun ist, so wollen wir uns nur immer daran erinnern, daß die Allgemeinheit, und zwar nicht im Sinne bloßer Gemeinsamkeit, überall im Rechte als Zweck, wenn auch als verborgener, zum Grunde liegt. Schon da wo das einzelne Interesse, gegenüber einem andern einzelnen, anstreitt, bei dem unbefangenen bürgerlichen Rechtsstreite, will jede Partei nur das Recht und fordert, daß so entschieden werde, wie es an sich Recht ist. Wir übergehen hier die Deduction dieses Dings „an" sich, ohne jedoch die Absicht aufzugeben, es einmal umständlicher zu erörtern, und bemerken nur, daß darin die Forderung liegt, daß etwas als das Wahre erkannt werden soll, was im Bewußtseyn der Einzelnen noch nicht vorhanden ist. Der besondere Wille der einzelnen Partei bezweckt also als solcher einen höherstehenden allgemeinen Willen, und so ist der geforderte Zweck der einzelnen abgesonderten Ansicht die allgemeine und alle Interessen berücksichtigende Einsicht. Das verborgene Ansich des Rechts soll in den Tag der Wirklichkeit treten, und dadurch soll sich zeigen, was Recht ist. —

(Fortsetzung dieser rechtsphilosophischen Aufsätze folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 41. Karlsruhe den 13. October 1838

I.

Wilderei und Tödtung.

(Geständniß nach der Verurtheilung.)

Schon seit einer Reihe von Jahren sind die zwischen Bruchsal und Sinsheim gelegenen Waldungen der Tummelplatz ganzer Banden von Wilderer, die von Zeit zu Zeit mit der größten Frechheit förmliche Treibjagden halten und Jeden, der ihnen hinderlich in den Weg tritt, mit den Waffen vertreiben.

So begab es sich, daß am Pfingstmontage, den 15. Mai 1837, der freiherrlich von Venningensche Jagdaufseher Wolf aus Rohrbach, Morgens zwischen 8 und 9 Uhr in den Hilsbacher Wald kam, um seinem Dienste nachzugehen. Plötzlich sah er sich von einer Anzahl Wilderer umringt, wovon der eine bereits auf ihn angelegt hatte, als ein anderer derselben durch den Zuruf: „laß den Tropfen laufen" — vom weiteren Beginnen abhielt. Die hierauf erfolgte Aufforderung, sein Gewehr herzugeben, lehnte Wolf mit der Erklärung ab, daß er sich lieber todtschießen als sein Gewehr nehmen lasse. Er zog sich jedoch augenblicklich aus dem Walde zurück und eilte nach Hilsbach in die Behausung des Jagdaufsehers Bentz, wo er dessen Ehefrau antraf. Dieser erzählte Wolf, was ihm begegnet sei, verweilte ungefähr eine halbe Stunde allda, um sich von der ausgestandenen Angst und Anstrengung zu erholen, und entfernte sich dann in der Absicht, dem Förster in Rohrbach die Anzeige von dem Vorfall zu machen. Der Förster beschloß, eine Streife in jenem Walde zu veranstalten und schickte den Jägerburschen Wolf nach Sinsheim, um sich bei dem dortigen Amte den Beistand der Gendarmerie zu gedachtem Behufe zu erbitten, welcher ihm auch ohne Anstand bewilligt ward. Ein Brigadier und ein Gendarm schlossen sich der von dem Förster versammelten Streifmannschaft an, die sich nun in den Wald begab und sich dort nach Anordnung des Försters vertheilte. Man hörte alsbald, beiläufig um halb 3 Uhr, einen Schuß fallen und gieng dieser Spur nach. Es dauerte nicht lange, so erblickten die Jägerbursche Wolf und Seufert im s. g. Roßgrunde einen Mann, welcher mit einer Flinte und Jagdtasche versehen, lauernd in einem Graben saß und ihnen den Rücken zukehrte. Sie schlichen sich beide auf den Zehen zu demselben hin und faßten ihn unter dem Ruf: „leg dein Gewehr ab" gleichzeitig an beiden Schultern. Der überraschte Fremdling that wie befohlen und erhob sich vom Boden. Nun entspann sich ein Gezerre, indem die Jäger den Gefangenen auf einen in der Nähe befindlichen Fußpfad, wo sie Unterstützung zu finden hofften, führen wollten, während der Verhaftete nach der entgegengesetzten Richtung strebte. Trotz des Geschrei's: Gendarmerie her, Brüder helft u. s. w. fand sich nicht gleich Jemand ein, wovon der Grund darin zu liegen schien, daß die Streifmannschaft zu sehr zerstreut und mitunter zu entfernt war, um schleunig bei der Hand seyn zu können. Inmittelst hatte sich zwischen den beiden Jägern und ihrem Gefangenen ein heftiger Kampf entsponnen, in dessen Verlauf der Jägerbursche Seufert, welcher eine große Baier-Dogge an seiner Weidtasche angebunden hatte, hinter einem nahen Baume einen großen Mann mit schwarzem Backenbart erblickte, der eine Flinte nach ihnen herüberhielt. Seufert ließ auf diese Demonstration den Gefangenen los und retirirte sich, nachdem ihm seine Flinte schon vorher entfallen und der Hund losgekommen war, hinter einem Baume, von wo er den zweiten Fremdling im Aug behalten konnte. Wolf balgte sich noch eine Weile mit dem Gefangenen herum, bis dieser ihm die Doppelflinte entriß und sich seitwärts bewegte. In diesem Augenblicke fiel aus jener Flinte, die den Seufert vertrieben hatte, ein Schuß, welcher den Wolf, der sich gerade aufgerichtet, zu Boden streckte. Er machte noch einige Zuckungen mit dem Munde und verschied. Mittlerweile hatte der befreite Wilderer, welchem während des Kampfes die Kappe herunter gefallen war, die neben dem Leichnam gelegene Doppelflinte und Mütze, so wie sein eigenes Gewehr zur Hand genommen und sich mit dem Andern, welcher hinter

dem Baume hervorgetreten ist, davon gemacht. Die Kappe des befreiten Wilderers blieb auf dem Thatplatze liegen. In einiger Entfernung davon fiel jetzt noch ein Schuß, worauf die Baier-Dogge, welche die flüchtigen Wilderer verfolgt zu haben scheint, winzelnd daher gehüpft kam. Es zeigte sich, daß sie in die Vorderläufe getroffen war. Unterdessen hatten sich die Streifer um den Leichnam versammelt, welcher auf dem Rücken lag. Bei Oeffnung seiner Kleider fand es sich, daß der Schuß in die Brust gegangen ist. Statt die Wilderer unverzüglich zu verfolgen, zog man es vor, den Rückweg einzuschlagen, weil schon Unglück genug geschehen sei. Der Leichnam wurde auf dem benachbarten Immelhäuser Hof — unweit des Dorfes Weiler — hingetragen, wo nachher die Legalinspection und Section vor sich gieng. Nach dem Erfund derselben hatte Wolf, sonst von gesunder Körperbeschaffenheit, auf der obern Brustseite zwischen der zweiten und siebenten Rippe 16 Schrotschußwunden. Mehrere Schrote waren in die Lunge, andere in das Herz und wieder andere in die Wirbelsäule eingedrungen. Die Obducenten erklärten diese Wunden für unbedingt tödtlich. Der hofgerichtliche Medicinalreferent trat diesem Ausspruche bei, weil es außer dem Bereiche der ärztlichen Kunsthilfe wie außer dem Vermögen eigener Naturthätigkeit gelegen sei, zur Lebenserhaltung des so Verwundeten beizutragen.

Nachdem der günstigste Moment zur Habhaftwerdung der Wilderer unbenützt geblieben war, konnte die nachherige Ausspürung derselben nur mit außerordentlicher Mühe bewerkstelligt werden, die Untersuchungsbehörde säumte nicht, die geeigneten Fahndungsmaßregeln zu ergreifen, um die Thäter auszumitteln. Brigadier Hammer legte hiebei einen fast ans Unglück gränzenden Diensteifer an den Tag. Mit dem Geschäfte der Fahndung ganz besonders beauftragt, zog er noch am Abend des 15. Mai v. J. von Dorf zu Dorf, um noch in derselben Nacht und schnell nacheinander alles vorzunehmen, was zur Entdeckung der Thäter führen konnte. Mitunter bediente er sich einer Fuhre, um desto schleuniger herum zu kommen und keinen Augenblick an der Zeit zu verlieren. Nachdem er auf solche Art alles gethan hatte, was in seinen Kräften stand, machte er zuletzt dem Untersuchungsrichter noch den Vorschlag, ihm den Jagdaufseher Seufert beizugeben, um mit diesem allerwärts, wo der Wilderei verdächtige Personen sich aufhalten, die Runde zu machen, dieselben zu recognosciren und womöglich denjenigen herauszufinden, welcher von ihm und Wolf gefangen war. Weiter unten wird sich ergeben, daß diese Bemühungen nicht ohne Erfolg blieben. Indessen wurden mehrere Personen, die, als der Wilderei verdächtig, eingezogen waren, nach kurzem Verhafte wieder in Freiheit gesetzt, weil es ihnen gelang das Alibi vollständig nachzuweisen. Nicht eben so gieng es mit Anderen. Es wurden Wendelin Hotz von Oestringen, Benedict Reiß von Rettigheim, Johann Nicolaus und Simon Elefenz von Malsch verhaftet und theils nach Wiesloch, theils nach Sinsheim in Verwahr gebracht.

Brigadier Hammer brachte zugleich einen Zeugen: nämlich den Georg Fürbaß von Oestringen, in Erfahrung, welcher aussagte, daß er am Pfingstmontage in der Frühe nach 3 Uhr, im Begriffe nach Schwezingen zu gehen, auf der Oestringer Höhe den J. N. Elefenz von Malsch, den Benedict Reiß und Jacob Katzenberger von Rettigheim mit Flinten und Jagdtaschen versehen, nebst dem Simon und Lorenz Elefenz von Malsch und einem anderen ihm unbekannten Burschen, welcher nicht bewaffnet gewesen, begegnet und einige Worte mit denselben gewechselt habe. Außerdem gab Fürbaß an, daß J. N. Elefenz sein Gewehr von der Schulter genommen, es gegen ihn gestreckt und gesagt habe: „Soll ich?“ worauf er demselben zur Antwort gegeben, er soll sich mit seinem Gewehr nicht spaßen ꝛc. Die Aussage dieses Zeugen hatte die Verhaftung des J. Katzenberger und Lorenz Elefenz zur Folge. Endlich ward noch Valentin Bender von Malsch eingezogen, welcher nach einer Anzeige des Brigadier Hammer allgemein im Rufe stand, daß er den Wilderern von Rettigheim und Malsch als Treiber diene. Im Laufe der Untersuchung ergaben sich jedoch zureichende Beweise, daß Wendelin Hotz, obgleich ein berüchtigter Wilderer, an der Parthie vom Pfingstmontag, wozu ihn Reiß abholen wollte, keinen Theil genommen hat, weßhalb er wieder auf freien Fuß gesetzt und nochmals für schuldlos erklärt worden ist. Einer gleichmäßigen Freisprechung hatte sich der von Georg Fürbaß nicht gekannte V. Bender zu erfreuen, weil er das Alibi bewies und der nachtheilige Ruf, welcher ihm die Verhaftung zuzog, sich nicht erwahrte. Mehr Beweis und beziehungsweis Verdacht stellte sich gegen die übrigen 5 Inculpaten durch die Untersuchung heraus, welche, da die Beschaffenheit der Sinsheimer Gefängnisse die Aufbewahrung so vieler Beschuldigten ohne Gefahr der Collision und Flucht nicht gestattete, aus hofgerichtlichem Auftrage von dem Oberamte Heidelberg mit aller Umsicht und Beharrlichkeit fortgesetzt und beendigt wurde.

Es verdient erwähnt zu werden, daß sämmtliche Inquisiten, welche vermögenslos und theils Handwerker, theils Taglöhner sind, das Alibi vorschützten und wie aus einem Munde behaupteten, am Pfingstmontage wegen Unpäßlichkeit ihre Wohnungen vor dem Abend nicht verlassen zu haben. Der Consequenz halber mußten sie daher auch widersprechen, mit Georg Fürbaß auf der Oestringer Höhe

zusammengetroffen zu seyn, obgleich er ihnen dieses mit Standhaftigkeit ins Gesicht behauptet hat. Die erhobenen Anschuldigungsbeweise sind nun folgende und zwar:

I. Gegen Jakob Katzenberger.

1) Das Zeugniß des Jägers Seufert, welcher ihn, nachdem er dessen Person und Kleidung im Voraus genau beschrieben hatte, in der Gegenüberstellung mit Bestimmtheit für den nämlichen Wilderer erkannte, den er mit Wolf im Walde arretirte.

2) Das hiermit übereinstimmende Zeugniß des Joseph Röser, welcher die Streife mitmachte und den Katzenberger der Kleidung und Natur nach, die schon vor der Gegenüberstellung treffend von ihm beschrieben wurden, für den nämlichen Wilderer erklärte, mit welchem Wolf und Seufert im Roßgrunde zu thun hatten.

3) Das schon erwähnte Zeugniß des Gg. Fürbaß, womit

4) die Aussage der Philipp Lehnschen Eheleute von Oestringen darin zusammentrifft, daß sie um die von Fürbaß angegebene Zeit ebenfalls 6 Männer mit Flinten und Jagdtaschen, den Weg von Rettigheim herkommend, vor sich sahen, als sie Schwezingen zu giengen.

5) Das Zeugniß des Brigadier Hammer, der Gendarmen Grieshaber und Klopperer so wie des Bürgermeisters von Rettigheim, wornach die von dem entronnenen Wilderer auf dem Thatplatze im Roßgrund zurückgelassene Kappe bei Gelegenheit einer Haussuchung von den Söhnen des Katzenberger auf Vorzeigen als ihrem Vater, beziehungsweis ihnen gehörig anerkannt wurde.

6) Der Besitz mehrerer zur Jagd dienlichen Geräthschaften als Schrotbeutel, Pulverhorn u. dgl.

7) Seine in mehreren Verhören an den Tag gelegte Befangenheit in Verbindung mit dem Mißlingen des von ihm versuchten Alibi-Beweises; endlich

8) der üble Ruf des Inculpaten, wornach man ihm die in Frage stehende That, daß er nämlich bewaffnet in Gesellschaft gewildert und sich bei seiner Betretung den Jagdaufsehern gewaltsam widersetzt habe, wohl zutrauen kann.

Inculpat wurde daher dieses Verbrechens für schuldig erkannt und zu einer achtjährigen Zuchthausstrafe verurtheilt. Strafedikt §. 91. —

II. Gegen Benedikt Reiß.

1) Das Zeugniß dreier Mädchen, welche diesen Inculpaten am Vorabend des 15. Mai v. J. von Rettigheim kommend in das Haus des J. N. Clefenz gehen sahen, was er läugnete.

2) Die schon bekannte Aussage des Gg. Fürbaß.

3) Das Zeugniß des Valentin Förderer und der Wendelin Hotzischen Ehefrau von Oestringen, wornach Reiß am 15. Mai beiläufig um 3 Uhr Morgens mit Flinte und Jagdtasche ausgerüstet in die Wohnung des Wendelin Hotz gieng, um diesen abzurufen.

4) Das Zeugniß des Johann Rudy und Michael Beideck von Weiler, welche den Inculpaten an jenem Vormittage, als sie in den Wald giengen, auf dem Anstande betreten und nochmals in der Gegenüberstellung wieder erkannt haben.

5) Das auffallende Benehmen des Inquisiten während der Untersuchung, wodurch er sich im höchsten Grade verdächtig machte; endlich

6) der äußerst schlechte Leumuth, welcher ihn als einen Menschen bezeichnet, der die Wilderei und Dieberei gleichsam als ein Gewerbe treibt.

Dieser Inculpat wurde der Wilderei ebenfalls für überwiesen erklärt, und weil ihm keine Widersetzlichkeit zur Last fällt, zu vierjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt.

III. Gegen Johann Nicolaus Clefenz.

1) Die unter II. 1 und 2 erwähnten Zeugnisse.

2) Die Aussage des Adam Metzger von Malsch, wornach am Pfingstmontage um Mitternacht zwischen der Wohnung dieses Inculpaten und des Simon Clefenz ein sehr lebhafter Verkehr statt hatte.

3) Das Zeugniß des Sebastian Seufert, welcher nach vorgängiger Anschauung dieses Inquisiten erklärte, daß derselbe seinem Aeußern nach ganz dem Wilderer gleiche, der hinter dem Baume hervor den tödtlichen Schuß auf Wolf abgefeuert hat.

4) Der Besitz mehrerer Jagdgeräthschaften.

5) Das verdächtige Benehmen des Inculpaten in der Untersuchung, insbesondere seine auffallende Betroffenheit bei Vorzeigung der durch Holzsammler im Walde aufgefundenen Kappe und der übrigen Kleider des Getödteten, in Verbindung mit dem Mißlingen des Alibi-Beweises; und

6) der ebenfalls schlechte Leumuth dieses als Wilderer berüchtigten Inculpaten, welcher jedoch, da Niemand mit Bestimmtheit behaupten konnte, ihn auf dem Thatplatz oder sonst im Walde gesehn zu haben, der Wilderei und Tödtung für klagfrei erklärt, zugleich aber wegen des dringenden Verdachts, mitgewildert zu haben, auf den Grund des §. 10 unseres Strafedikts als ein gefährliches Subjekt zu einem zweijährigen Sicherheitsverhaft im Zuchthause verurtheilt wurde.

IV. Gegen Simon Clefenz, Vetter des Vorigen.

Da dieser Inculpat außer seinem schlechten Ruf und verdächtigen Benehmen in der Untersuchung nur das Zeugniß des Gg. Fürbaß gegen sich hatte, so kam er mit einer simplen Klagfreierklärung davon.

V. Gegen Lorenz Clefenz, Bruder des J. N. Clefenz.

Es gilt hier das zu IV. Bemerkte, weßhalb auch dieser Angeschuldigte für klagfrei erklärt wurde.

Das hofgerichtliche Urtheil wurde am 13. März d. J.

gefällt und den Inquisiten am 31. ejusd. durch das Ober-Amt Heidelberg verkündet.

Allein schon am 29. März hatte Paul Pausch, welcher wegen Diebstahls auf dem Mannheimer Thor im Arrest gesessen war *), gelegenheitlich eines anderen Verhörs dem Inquirenten angezeigt, daß der in einem anstoßenden Gefängniß befindliche Katzenberger ihm durch die Wand zugerufen habe, er habe das lange Sitzen genug und werde sich, um nicht länger für Andere leiden zu müssen, wahrscheinlich bald entschließen, wahrheitgemäß dem Richter anzugeben, daß ein gewisser Johann Nicolaus Elefenz jenen Jäger erschossen habe.

Der Untersuchungsrichter ließ hierauf den Katzenberger zu Pausch in dasselbe Gefängniß verbringen und ertheilte dem Gefangenwärter die Weisung, dieselben öfters zu besuchen und zu beobachten.

Am 30. März meldete der Gefangenwärter, daß sich nach Pauschs Reden ein Geständniß von Katzenberger erwarten lasse.

Der vorsichtige Inquirent hielt es jedoch nicht für gerathen, direct einzuschreiten, ehe Letzterer freiwillig Miene machen würde, zu gestehen, damit das etwa zu erhaltende Resultat um so glaubhafter und um so entfernter von einer Nöthigung erscheine.

Als Katzenberger am 31. März nach der Urtheilsverkündung wieder in sein Gefängniß verbracht wurde, ließ er gegen den Gefangenwärter eine Aeußerung fallen, die auf seinen Entschluß, ein Geständniß ablegen zu wollen, hinzudeuten schien. Wie nun der Respicient am 2. April der Geschäftsordnung gemäß eine Gefängnißvisitation vornahm, so stellte er namentlich an Katzenberger, als er diesen im Gefängnisse des Pausch antraf, die Frage, was die gegen den Gefangenwärter angeblich geäußerten Worte zu bedeuten hätten? und setzte dabei ausdrücklich hinzu, daß von keinem gerichtlichen Verhöre, sondern nur davon die Rede sei, ob Inquisit seinem Beamten vertrauensvoll entgegen kommen wolle. Nach einigen erläuternden Reden verlangte Katzenberger mit dem die ganze Zeit her getrennt von ihm auf dem andern Flügel des Thors sitzenden V. Reiß ein paar Worte sprechen zu dürfen, um mit diesem die weiter nöthigen Schritte berathen zu können. Der Beamte ließ sogleich den Reiß in Katzenbergers Gefängniß herüber bringen und blieb unausgesetzt anwesend, während die beiden sich in folgender Art unterredeten: Katzenberger fragte nämlich den Reiß, ob es nicht am Ende besser seyn möchte, dem Richter sich vertrauensvoll zu nähern und ausführlich und aufrichtig zu erzählen, wie sich die Sache zugetragen habe? — Reiß, hierüber Anfangs sehr betroffen, erwiederte endlich, er halte es auch für das Gerathenste, die Wahrheit zu sagen, indem sonst er und Katzenberger allein gestraft würden, während sie der unschuldigste Theil wären. Dabei wurde endlich offen J. N. Elefenz als der Mörder des Jägers Wolf von beiden bezeichnet. Der Beamte stellte nun denselben vor, daß sie die freie Wahl hätten, ob sie dieses außergerichtliche Geständniß vor besetzter Gerichtsbank wiederholen und bestätigen wollten, und da sie es ernstlich bejahten, so wurden sie nachher ins Verhörzimmer vorgeführt und einzeln verhört. Bis daher hatte der Inquirent den P. Pausch absichtlich während der ganzen Unterredung im Arrestzimmer gelassen, um im schlimmsten Falle gegen den Vorwurf einer gesetzwidrigen Nöthigung gesichert zu seyn. Nachdem nun beide Inquisiten förmlich verhört worden waren, wurden die durch ihre Aussagen als Treiber bezüchtigten Complicen Simon Elefenz, Valentin Bender und Lorenz Elefenz wieder eingezogen, welchen der Beamte, am 6. April, zuerst außergerichtlich den gegenwärtigen Stand der Dinge eröffnete. Sie äußerten darauf den ihnen sofort bewilligten Wunsch, mit Katzenberger und Reiß sprechen zu dürfen, und bekannten sodann sowohl außergerichtlich als vor besetzter Gerichtsbank, bei der fraglichen Jagdparthie als Treiber mitgewirkt zu haben. Hierauf verfügte sich der Beamte, Abends halb 9 Uhr, in das Gefängniß des J. N. Elefenz und machte diesem bemerklich, daß nun neue dringende Beweisgründe vorlägen, die ihm nächstens im Verhör vorgehalten werden sollten, worauf Inquisit, ohne sich irgend über die Anschuldigung auszulassen, den Wunsch äußerte, mit den übrigen Inculpaten sprechen zu dürfen. Man ließ nun zuerst den Simon Elefenz, welcher dessen besonderes Vertrauen genoß, in das Gefängniß hereinführen und dieser suchte den J. N. Elefenz zu überzeugen, daß längeres Läugnen nichts mehr helfen könne, indem die anderen Theilnehmer Alle offene Geständnisse abgelegt hätten. Diese Anrede verfehlte ihre Wirkung nicht. J. N. Elefenz rief aus: Ich will es anerkennen, ich hab' es gethan!

Dabei wälzte er sich, laut weinend und wie verzweifelnd, auf seinem Lager herum. Da nun derselbe die Bitte vortrug, sein Bekenntniß im Beiseyn aller Mitschuldigen ablegen zu dürfen, so wurden diese insgesammt vorgeführt. In ihrer Gegenwart rief Inquisit abermals jene Worte aus, jedoch bereits mit ziemlicher Fassung.

Nachdem er sich bereit erklärt hatte, ein ausführliches Geständniß abzulegen, so wurde er unverweilt vor gehörig besetzter Gerichtsbank ins Verhör genommen, zu welchem vorsichtigerweise zwei Urkundspersonen beigezogen worden sind. Als der Untersuchungsrichter durch weitere Verhöre und Confrontationen alle erheblichen Thatsachen, so

*) Vergl. Annalen von 1838, Nr. 22.

viel möglich, erörtert zu haben glaubte, ließ er sämmtliche Inquisiten unter gehöriger Bedeckung auf den Thatplatz bringen und veranstaltete dort im Beisein des Seb. Seufert und einiger anderer Zeugen unter Zuzug eines Geometers die Wiederholung des ganzen Auftritts, wobei Wolf ums Leben kam. Der hierüber aufgenommene Plan gewährt mit den dazu gegebenen Erläuterungen einen befriedigenden Blick in die unheilvolle Scene. Durch die genauere Constatirung der Oertlichkeiten und durch die zweckmäßige Verhandlung am Thatplatze selbst wurde überhaupt mehr Licht über die Einzelnheiten verbreitet. An dem Baume, von welchem der tödtliche Schuß hergekommen ist, steht eine, angeblich von Seufert am Tage nach der Tödtung, mit einem Instrument hineingerissene Inschrift des Inhalts:

„Johannes Wolf hat hier gestritten
Und den biedern Tod gelitten.“

Darunter befindet sich ein Todtenkopf mit zwei übers Kreuz gelegten Knochen.

Am 19. April wurden die Schlußverhöre mit den Inquisiten abgehalten und sodann die Acten dem Gerichtshofe zur Aburtheilung vorgelegt, aus welchen sich ergibt, daß J. N. Elefenz einige Tage vor Pfingsten bei Gelegenheit eines Besuchs dem V. Reiß den Vorschlag machte, am nächsten Montage im Walde bei Weiler ein Treibjagen auf Hochwild, nämlich Hirsche und Rehe, zu halten. Es wurde besprochen, daß er, Reiß und Katzenberger als Schützen, Val. Bender, Simon und Lorenz Elefenz aber Treiber dabei seyn sollten. Reiß setzte nun den Katzenberger, J. N. Elefenz dagegen die Uebrigen von dem Projecte in Kenntniß, welches allen willkommen war. Man verstand sich, daß die Beute in Natur oder deren Erlös unter die Theilnahme repartirt werden soll. Am Pfingstsonntage kam Reiß dreimal nach Malsch, um sich mit J. N. Elefenz über die Ausführung näher zu besprechen. Erst das Drittemal traf jener den Elefenz zu Hause an, wo sich auch die Treiber einfanden. Man beschloß, nach Mitternacht von Malsch aufzubrechen, sodann die Rettigheimer abzurufen und den Weg über Oestringen zu nehmen, um auch den Wendelin Hotz beizuziehen. So wurde es denn auch wirklich gehalten. Zu Oestringen angelangt, begab sich Reiß in die Hotzische Wohnung, kehrte jedoch unverrichteter Dinge zu den Andern zurück, weil die Hotzische Ehefrau erklärt hatte, daß ihr Mann wegen Gliederweh nicht mitgehen könne. Hotz selbst lag damals schlafend an ihrer Seite. Auf der Oestringer Höhe begegnete die Truppe dem Georg Fürbaß, wie dieser angegeben hat, und zog sich bald hernach seitwärts in den Wald, wo mit dem Jagen der Anfang gemacht wurde. Die Treiber hatten Stöcke, die Schützen ihre Flinten und Jagdtaschen. Es wurden im Ganzen 6 bis 7 Triebe gemacht. Im vorletzten Triebe erlegte Joh. Nic. Elefenz eine Rehgaise, welche Val. Bender und Simon Elefenz einstweilen in einen Busch legten, um sie später dort abzulangen. Letzteres unterblieb jedoch. Seufert fand später die Ueberreste dieses Thieres, welches er seit dem Pfingstmontage vermißt hatte. Sämmtliche Inquisiten versichern, am Morgen dieses Tages keinen Jäger im Walde gesehen, geschweige den Wolf daraus vertrieben zu haben. Als sich die Schützen zum letzten Triebe angestellt hatten, wurde Katzenberger, welcher wegen Uebelhörigkeit nur ein geringes Geräusch hinter sich vernommen und dasselbe für die Tritte eines Wildes gehalten haben will, von den Jägern ertapp und gefangen. Es entstand ein Lärm und Geschrei, wodurch J. N. Elefenz, welcher in ziemlicher Entfernung seinen Standpunct genommen hatte, aufmerksam gemacht wurde, daß etwas passirt seyn möge. Er eilte, die geladene Flinte mit gespanntem Hahn in der rechten Hand, zuerst auf eine Anhöhe und von da herunter nach dem Platze, wo sich die Jäger mit Katzenberger herumbalgten. Dort stellte er sich hinter einen Buchbaum und rief angeblich den Jägern zu: „Reißt aus!“ was jedoch Seufert und Katzenberger nicht gehört haben wollen. Um seinen Worten den gehörigen Nachdruck zu geben, hielt er die Flinte gegen die Jäger, von welchen der Eine, den Katzenberger loslassend, sich hinter einen Baum zurückzog, während der Andere mit Katzenberger, der ihm die Doppelflinte entrissen hatte, noch im Kampfe begriffen war.

Kaum hatte sich Katzenberger, welcher nun erst den Elefenz mit der Flinte hinter dem Baume erblickt und demselben die Worte „Kammerad, schieß nicht“ — zugerufen haben will, von dem zweiten Jäger losgemacht, so fiel der Schuß, welcher diesen Jäger zu Boden warf.

Ueber die Art und Weise der Tödtung gab Elefenz selbst an: „Auf mein Wiederholtes Zurufen schaute Wolf nach mir herüber und sprang sogleich von Katzenberger weg, griff aber noch einmal nach dem Boden, ohne daß ich jedoch sagen kann, was er aufheben wollte. Wie er nun nach der linken Seite sich wendete, hob ich meine Flinte von der rechten Seite des Baumes nach der linken, um ihn durch deren Vorhalten zu schrecken; in demselben Augenblicke aber, wie ich die Flinte herüberhob, ging mir der Schuß los und Wolf sank zu Boden. Er sah mir gerade ins Gesicht, wie ich ihn traf.“

Inquisit will sich schlechterdings nicht erinnern können, daß er mit dem Finger am Drücker gelegen, obgleich er nicht läugnet, daß er darauf gefaßt gewesen, sich mit der Flinte zu vertheidigen, wenn einer der Jäger auf ihn angelegt haben würde. Bloß eine Unvorsichtigkeit läßt er

sich zurechnen, weil er weder absichtlich losgedrückt, noch auf den Jäger gezielt habe. Mit dem Vorhalten des Gewehrs wollte er angeblich bezwecken, daß die Jäger den Wolf gehen lassen sollten. Auf die Instanz, daß es der Abschreckung nicht mehr bedurft habe, da Katzenberger, noch ehe der Schuß gefallen, schon befreit gewesen sei? meinte Inquisit, er und Katzenberger hätten sich eben doch nicht für sicher halten können, so lange noch einer der Jäger sich in der Lage befunden, ein Gewehr zu erlangen und gegen sie zu gebrauchen! Das Herüberfahren mit der Flinte von der rechten nach der linken Seite motivirt Inquisit also: „Dies that ich deßwegen, weil Wolf mit dem Katzenberger links herüber kam und ich ihm nachfahren wollte, um ihn abzuschrecken?

Die zufällige Entladung des Gewehrs, welches, seitdem es pistonirt sei, sehr leicht losgehe, wollte Elefenz damit wahrscheinlich machen, daß ihm vielleicht beim Herüberfahren ein Baumreiß an den Drücker gekommen sei. Nachdem er sich aber an Ort und Stelle selbst überzeugt hatte, daß dies nicht wohl der Fall seyn könne, weil der Buchbaum, hinter welchem er gestanden, unterhalb bis auf eine Höhe von ungefähr 8 Fuß gar keine jungen Auswüchse oder Reiser hat, kam er auf die Idee, für möglich zu halten, daß das kleine Buchstänglein, welches links hinter dem dicken Buchbaum steht, ihm beim Herüberfahren an den Arm gekommen, und dadurch ein unvorhergesehener Druck verursacht worden seyn möge. Seufert hält es übrigens nicht nur für unwahrscheinlich, sondern selbst für unmöglich, daß ein Baumreiß in das Gewehrschloß des Elefenz gerathen wäre, weil derselbe das Schloß mit der rechten Hand gegen solche Berührungen geschützt habe. Selbst Katzenberger will sich nicht anders denken können, als daß die Flinte durch den Druck eines Fingers der rechten, an das Schloß gelegten Hand losgegangen ist. Diese beiden haben auch ausgesagt, daß Elefenz das Gewehr an den Backen gelegt und auf Wolf gezielt hätte, als der Schuß fiel. Dessenungeachtet gibt Elefenz mehr nicht zu, als daß er das Gewehr, in der gewöhnlichen Schußlage, nämlich mit dem linken Arm vor bis in die Hälfte des Laufes und mit der rechten Hand in der Gegend des Schlosses gehalten, jedoch solches, ohne zu zielen, frei von der halben Brust aus gegen Wolf gerichtet hatte, wie der Schuß hinausgefahren. — Auf Vorzeigen der im Leichnam gefundenen Schrote bekannte Elefenz, daß seine Flinte mit 25 bis 30 dergleichen Schroten geladen gewesen sei. Als nun Wolf gestürzt war, ergriff Katzenberger eingestandenermaßen dessen Doppelflinte und Mütze, hob auch sein eigenes Gewehr vom Boden auf und entfernte sich mit Elefenz vom Thatplatze. Im Gehölze trafen sie zuerst mit Reiß und bald darauf mit Simon Elefenz zusammen. Hier wollte Reiß angeblich einen großen schwarzen Hund, der ihn anknurrte, mit dem Flintenlauf abwehren, als das Gewehr los ging und der Hund schreiend davon sprang. Reiß ist jetzt geständig, daß er Vormittags zwischen 10 und 11 Uhr von zwei ihm unbekannten Männern (Ruby und Beiderk) auf dem Anstand betreten worden sei, wie denn auch Katzenberger die auf dem Thatplatz zurückgebliebene Kappe als die seinige anerkannte.

Nachdem Katzenberger und Elefenz den beiden Andern erzählt hatten, was vorgefallen, eilten sie alle Vier mit einander durchs Gehölz, in welchem Katzenberger, seinen Irrthum jetzt erst gewahr werdend, die später von Holzsammlern aufgefundene Kappe des Getödteten von sich warf. Als sich die Wilderer sicher glaubten, um Halt machen zu können, verscharrten sie sämmtliche Flinten, von welchen nach der Hand nur noch die des Wolf und Reiß wieder zum Vorschein kamen, im Rettigheimer Walde. Hierauf ging jeder von ihnen auf anderem Wege einzeln nach Haus. Von Val. Bender und Lorenz Elefenz war überall keine Spur zu sehn. Diese beiden Treiber hatten sich nämlich schon um die Mittagszeit im Bergwalde von den Andern verirrt und, von den Strapazen des Tages ermüdet, den Heimweg eingeschlagen. Es läßt sich daher leicht begreifen, wie Bender früher den Beweis führen konnte, daß er um die Zeit, als Wolf getödtet wurde, zu Hause war.

Nach Einkunft der Vertheidigungsschriften erfolgte unterm 30. August l. J. das zweite Urtheil. Hinsichtlich des Katzenberger und Reiß behielt es, da sich durch die abgelegten Geständnisse ihre Betheiligung nicht anders gestaltet hat, bei dem frühern Erkenntniß sein Bewenden. Johann Nicolaus Elefenz ward jetzt wegen Wilderei mit Widersetzung zu achtjähriger Zuchthausstrafe verurtheilt. In Ansehung der Tödtung glaubte man ihn lediglich nach seinem Geständniß beurtheilen zu müssen, weil Seufert in seinen Aussagen äußerst unsicher und schwankend und das Zeugniß eines Mitschuldigen, welcher überdies seine auf den Hergang der Tödtung bezüglichen Angaben mit wesentlichen Modificationen wieder zurückgenommen habe, schon an sich verdächtig sei. In Anbetracht, daß der von Elefenz behauptete Zufall nicht zu den Unmöglichkeiten gehöre, wurde ihm daher nur eine grobe Verschuldung zugerechnet und also wegen schulthaftrr Tödtung der Hauptstrafe noch ein Zusatz von weiteren 4 Jahren beigeschlagen, somit im Ganzen auf eine zwölfjährige Zuchthausstrafe gegen J. N. Elefenz erkannt.

Simon und Lorenz Elefenz erhielten nach den vom Complott geltenden Grundsätzen die nämliche Strafe wie Reiß. Bezüglich auf Val. Bender wurde das frühere Erkenntniß

aufgehoben und die Aburtheilung dieses Inculpaten der Militärbehörde vorbehalten, weil sich erst in der neuern Untersuchung herausgestellt hat, daß er Soldat ist.

Bayer.

II.

Rechtsfall.

Anwendung des Dieneredicts und der Wittwenkassenordnung.

Revierförster C. gegen Großh. Fiscus.

C. wurde im Jahr 1800 als Revierförster angestellt, und im Jahre 1836, nach vollendetem 35. Dienstjahre, in Pensionsstand versetzt, wobei ihm seine zum Theil in Naturalien und sonstigen Nutzungen bestehende Besoldung im Betrage von 1007 fl. 22 kr. in Ansatz gebracht und hienach durch Abzug von 5 Procent sein Pensionsgehalt mit 957 fl. berechnet wurde.

Dabei hatte die Finanzbehörde

1) außer Berechnung gelassen: zwei in der Besoldung enthaltene Beinutzungen, nämlich Schußgeld und Jägerrecht im Anschlage zu 40 fl. und Ruggebühren im Anschlage zu 60 fl., und zwar angeblich deßhalb, weil dieselben nicht immatriculirt und folglich nach §. 9 des Dieneredicts in die Pensionsberechnung nicht aufzunehmen seien, und weil nach einer höchsten Entschließung bei Pensionirung von Forstdienern, deren sonstiges Einkommen auf oder über 500 fl. stehe, diese Gebühren in die Pensionsberechnung nicht aufgenommen werden dürften;

2) für die Dienstwohnung nur 50 fl. angesetzt, während 100 fl. hätten angesetzt werden sollen.

C. klagte deßhalb bei dem Großherzogl. Hofgerichte des Mittelrheinkreises, und führte aus:

ad. 1) Nach §. 9 des Dieneredicts vom Jahre 1819 sind bei Berechnung der Pension die Beinutzungen in demjenigen Anschlage aufzunehmen, mit welchem der Diener in die Wittwenkasse immatriculirt ist, und nach dem Gesetze vom 28. Juni 1810 Absch. IV. §. 24. Nr. 7. — Regbl. 1810. Nr. 30. — sind die Dienstbeinutzungen in demjenigen Anschlage zu immatriculiren, mit welchem sie in der Besoldung aufgerechnet sind. Es sind nun zwar die obengenannten Beinutzungen — Schußgeld und Jägerrecht, so wie die Ruggebühren — aus irgend einem Versehen nicht immatriculirt worden, allein nach dem Gesetze hätten sie es werden sollen, und müssen jedenfalls nun in die Grundlage der Pensionsberechnung mit aufgenommen werden, wodurch dieselbe um 100 fl. sich erhöht. Eine spätere höchste Entschließung, die ohnehin nie Gesetzeskraft erlangt hat, kann natürlich auf diesen einmal erworbenen Rechtszustand nicht zurückwirken.

ad. 2) Nach dem Gesetze vom 28. Juni 1810 §. 24 Nr. 4 hängt der Werthansatz für die Wohnung von der Größe aller zusammengerechneten Besoldungstheile ab, nun ist aber die Dienstwohnung ohne Zweifel selbst ein Bestandtheil der Besoldung, und dieser Bestandtheil muß also selbst wieder zur Bestimmung seiner eigenen Größe mit in den Ansatz der gesammten Besoldung aufgenommen werden, so daß, wenn nur die übrigen Besoldungsbestandtheile eine Summe bilden, welche durch Beirechnung des Ansatzes der Wohnung auf 1000 fl. steigen würde, die Wohnung eben deßhalb nicht zu 50 fl. sondern zu 100 fl. in Ansatz zu bringen ist.

Uebrigens erledigt sich dieser Beschwerdepunkt schon durch die Ausführung ad. 1) da hienach die Besoldung um 100 fl. sich erhöht und somit über 1000 fl. beträgt, in welchem Falle für die Dienstwohnung unzweifelhaft 100 fl. anzuschlagen sind.

Es wurde hienach gebeten, der beklagte Fiscus möge für schuldig erklärt werden, dem Kläger außer dem ihm als Pension bisher bezahlten Betrage von 957 fl. noch weitere jährliche 142 fl. 30 kr. sowohl für die verfallenen Jahresbeträge vom 12. März 1836 an als auch für die Zukunft, somit fernerhin im Ganzen 1099 fl. 30 kr. jährliche Pension zu bezahlen und die Kosten dieses Rechtsstreites zu tragen.

Auf diese Klage erging nach gepflogenen Verhandlungen das Erkenntniß:

Der Kläger sei mit der angestellten Klage abzuweisen und zur Tragung der entstandenen Kosten für schuldig zu erklären.

Entscheidungsgründe.

„Der Kläger verlangt Erhöhung des ihm bei seiner Pensionirung zugetheilten Ruhegehaltes in doppelter Hinsicht

1) in Bezug auf einen Betrag von 100 fl. für Schußgeld und Jägerrecht so wie für Ruggebühren, welche ganz außer Anschlag geblieben seien;

2) wegen des Anschlags für die Dienstwohnung, welche auf 50 fl. statt 100 fl. berechnet worden sei.

Man hat jedoch beide Anspüche nach dem Antrage des Beklagten Fiscus aus folgenden Gründen verworfen:

Wenn auch der Kläger nach Maßgabe seiner Dienstsignaturen vom 2. Mai 1800 und 18. August 1819 als Staatsdiener im Sinne des §. 1 des Edicts vom 30. Jaunar 1819 zu betrachten, und als solcher bei seiner Pensionirung von der Großh. Regierung behandelt worden ist, so ist demselben doch durch die Uebergehung der fraglichen Besoldungstheile, nämlich des Schußgeldes und Jägerrechts so wie der Ruggebühren nicht Unrecht gesche-

hen, weil diese Bezüge nach der eigenen Ausführung des Klägers in der Staatsdienerwittwen-Casse nicht immatriculirt waren, nach §. 9 des Dieneredicts aber nur solche Genüsse und Bezüge bei Bestimmung des Ruhegehalts in Anschlag genommen werden sollen, welche und soweit der Diener damit in dem weltlichen Dienerwittwenfiscus immatriculirt ist.

Kläger hat sich bei jener Matricel, welche ihm nicht unbekannt seyn konnte, beruhigt und mußte sich dabei um so mehr beruhigen, weil die fraglichen Bezüge an Schußgeld und Jägerrecht, so wie die Ruggebühren in der That als Dienstlasten (?) zu betrachten sind, welche weder in dem Wittwenfiscus immatriculirt, noch bei Bestimmung des Ruhegehalts berücksichtigt werden sollten. Vgl. §. 9. des Dieneredicts mit der Wittwenkasseordnung vom 28. Juni 1810. (Regbl. S. 225. §. 26). Was den Ansatz für die Dienstwohnung des Klägers im Betrag von 50 fl. — betrifft, so rechtfertigt sich dieser durch den §. 24 Nr. 4 der Wittwenkasseordnung, weil die Besoldung des Klägers über Abzug der nicht matriculationsfähigen 100 fl. für Schußgeld rc. unter 1000 fl. — betrug, wobei der Ansatz für die Dienstwohnung bei Bestimmung dieses Ansatzes selbst, wie aus der Natur der Sache folgt, nicht in Berechnung genommen werden kann.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt und Kläger nach §. 169 der P. O. zur Tragung der Proceßkosten verurtheilt.

Die hier ausgesprochenen Ansichten dürften in Folgenden ihre Widerlegung finden.

1) Der §. 9 des Dieneredicts wird hier so angewendet, als ob die Immatriculirung der Beinutzungen die Voraussetzung wäre, unter welcher dieselben zur Pensionsberechnung gezogen werden dürften, während sie nach dem klaren Wortlaute und Sinne des Gesetzes nur der Maßstab für diese Berechnung seyn soll. In diesem §. 9 wird nicht gesagt, daß nur jene Bezüge in die Pensionsberechnung gehören, welche immatriculirt sind, sondern, daß sie in dem Anschlage in die Pension aufzunehmen seien, womit sie immatriculirt sind. Ist dieß letztere nun auch unrichtigerweise unterblieben, so gibt doch das Gesetz vom 28. Juni 1810 Abschn. IV. §. 24 Nr. 7 die bestimmte Vorschrift, daß und wie es hätte geschehen sollen; der Maßstab ist also gewiß — unter den Besoldungsbestandtheilen des C. sind diese Beinutzungen zu 40 fl. und 60 fl. angeschlagen — und mehr bedarf es zur Anwendung des §. 9 des Dieneredicts nicht.

2) Wäre aber auch die geschehene Immatriculirung die Bedingung für die Aufnahme in die Pension — verliert der Diener sein Recht dadurch, daß die Immatriculirung ohne sein Verschulden unterblieben ist? liegt in seinem bisherigen Schweigen ein Verzicht auf dieses Recht? — Verzichte werden nicht vermuthet; — oder ist ihm zur Pflicht, oder auch nur möglich gemacht die richtige Berechnung seiner Matricel zu beaufsichtigen? — er wirkte dabei gar nicht mit, und erhielt von der Matricel überhaupt keine andere Kenntniß, als daß ihm der Beitrag angegeben wird, den er in die Wittwenkasse zu leisten hat; — oder endlich hat ein Versehen hierin nothwendig den Verlust eines aus der Immatriculirung fließenden Rechts zur Folge? — dieß ist durch kein Gesetz bestimmt, und kann es auch nicht seyn, da ja das Versäumte auf die einfachste Weise nachgeholt werden kann, wenn das Ausgelassene nachträglich in die Matricel aufgenommen wird und der Diener, wozu sich C. erboten hat, den betreffenden Beitrag nachzahlt. Denn sollte auch der Pensionsbezug hinsichtlich eines Besoldungstheiles bedingt seyn durch die Immatriculirung, so ist doch diese nicht bedingt durch den Ablauf einer gewissen Zeit. Würde der Fiscus diese nachträgliche Immatriculirung verweigern, so stünde dem Diener eine Klage zu, die aber, wie es hier geschehen ist, zweckmäßiger sogleich auf das durch die Immatriculirung bezweckte Recht als zuvor auf diese selbst zu richten wäre, da ohnehin dieselbe nicht sowohl eine Verbindlichkeit, als ein Recht des Fiscus (oder der durch ihn vertretenen Wittwenkasse) enthält, und die Finanzbehörde, so bald sie für schuldig erklärt ist, die bestrittenen Besoldungstheile in die Pension aufzunehmen, nicht anstehen wird, darnach die Matricel zu erhöhen. Der Streit besteht nicht darin, ob die genannten Beinutzungen in die Matricel gehören, sondern: ob sie deßhalb, weil sie nun einmal nicht in der Matricel stehen, auch nicht in die Pensionsberechnung gehören.

3) Die fraglichen Bezüge haben durchaus nicht die Natur bloßer Entschädigungen für die Dienstlasten; es sind Dienstemolumente, welche der Förster auch dann bezieht, wenn er gar keine Auslagen macht, und namentlich auch jetzt noch erhält, nachdem die Jagden verpachtet sind; die Ruggebühren können keine Diäten seyn, denn für Dienstverrichtungen im Bezirke erhält der Förster keine Diäten, und solche werden auch nie, wie es hier der Fall ist, unter den Besoldungsstücken mittelst eines Anschlags aufgeführt. Ueberdieß beweist eben die höchste Entschließung, worauf sich der Fiscus beruft, daß diese Bezüge zum Diensteinkommen gehören und keine Entschädigungen sind, indem sie ausspricht, daß dieselben in gewissen Fällen, nämlich bei Forstdienern, die unter 500 fl. Besoldung haben, in die Pensionsberechnung aufzunehmen seien. Wenn übrigens hierüber ein Zweifel erhoben wird, so könnte nicht der Richter aus dem Gebiete seiner Wissenschaft die Entscheidung schöpfen, sondern es müßte im Wege der Beweisführung der Ausspruch sachkundiger Forstmänner darüber entscheiden.

4) Was endlich die Werthbestimmung der Dienstwohnung betrifft, so gehen die Entscheidungsgründe in die vom Kläger behauptete Auslegung nicht ein, sondern mit einem „wie aus der Natur der Sache folgt“ darüber hinweg. Doch ist, wie schon gesagt, die Entscheidung dieser Frage für den Zweck der Klage in dem Falle gleichgültig, wenn wegen des ersten Punctes schon die Besoldung über 1000 fl. sich erhöht.

Dieser Rechtsstreit ist im Wege der Appellation bei dem obersten Gerichtshofe anhängig, dessen Ausspruch seiner Zeit in diesen Blättern mitgetheilt werden wird.

T.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 42. Karlsruhe den 20. October 1838.

I.

Ueber den Art. III. Ziff. 17 des Gesetzes vom 22. Juni 1826. (Reg. Bl. Nr. XVII). Erkennung der Arbeitshausstrafe gegen Vaganter.

Das Gesetz über die Erkennung von Arbeitshausstrafen im Reg. Bl. von 1826. Nr. XVII. enthält im Art. III. die Bestimmung:

„Insbesondere können hienach mit Verhaft im polizeilichen Arbeitshause bestraft werden: rc."

„17., — — Inländer, welche sich einem sonstigen verdächtig, herumziehenden Leben überlassen und schon durch andere geringere Polizeistrafen davor gewarnt sind."

Zum Verständniß wird zum voraus bemerkt, daß nach Art. I. des Gesetzes die auf polizeiliches Vergehen erkannte Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten bis auf 2 Jahren im Arbeitshaus erstanden werden sollen, und daß ferner durch das Gesetz im Reg. Bl. vom 18. September 1826 Nr. XXII. hinsichtlich der Competenz bestimmt ist, daß die Kreisdirektorien (nunmehr Kreisregierungen) nur auf drei monatliches Arbeitshaus zu erkennen befugt seyn, wenn aber nach deren Ermessen das polizeiliche Vergehen zu einer längern Arbeitshausstrafe geeignet erscheine, die Akten zur Aburtheilung an das betreffende Obergericht abgeben sollen.

Nach einer konstanten Praxis hat man nun der angeführten Stelle des Gesetzes beim Hofgerichte des Unterrheins bisher die Anwendung gegeben, daß auch dann, wenn ein wegen müssigen Herumziehens in Untersuchung genommener Inländer bereits von der Kreisregierung und selbst von dem Hofgerichte ein, oder mehrmals, nach vorausgegangenen Warnungen oder geringern Bestrafungen durch die untern Polizeibehörden (Aemter) zur Arbeitshausstrafe verurtheilt worden ist, wieder von Neuem mit geringern Polizeistrafen vom Amte gegen ihn eingeschritten werden müsse und erst, wenn das Amt in solcher Weise seine Strafgewalt wieder erschöpft habe, abermals auf Arbeitshausstrafe von der Kreisregierung oder im geeignetsten Falle von dem Hofgerichte erkannt werden könne. So kam zum Beispiel vor kurzem der Fall vor, daß eine Weibsperson, welche schon dreimal wegen liederlichen Lebenswandels und Herumziehens Arbeitshausstrafe und zwar das Letztemal über ein Jahr, erstanden, nachdem sie zuvor durch geringere Strafen gewarnt worden, wegen alsbald darauf gefolgten neuerlichen Rückfalls dem Amte, welches die Akten dem Hofgerichte zum Erkenntniß vorgelegt hatte, zur Aburtheilung überwiesen ward, damit dasselbe wieder mit geringerer polizeilicher Strafe von vornen anfange.

Ich habe mich niemals von der Richtigkeit dieser Ansicht und noch weniger von der Zweckmäßigkeit derselben überzeugen können. Der Gegenstand ist bei der Häufigkeit der Fälle wichtig und folgereich genug, um näher geprüft zu werden; die wegen dieses Vergehens in Untersuchung kommenden, haben sich zwar begreiflich über diese Gesetzesanwendung nicht zu beschweren; desto mehr aber leidet die öffentliche Sicherheit und die Staatskasse darunter, welch letztere durch solche fast nothwendig erfolglose Bestrafung dieser dem Eigenthum gefährlichen Klasse von Menschen weit mehr, als bei derjenigen Anwendung, welche mir die richtige zu seyn scheint, in den Fall kommt, schwere Kosten für Transport, Untersuchung rc. zu bezahlen. Die großherzogliche Regierung des Unterrheinkreises fand diese Belästigung der Amtskassen so groß, daß sie sich neuerlich deßhalb bei dem Ministerium des Innern beschwerte, um eine andere Auslegung und Gesetzesanwendung zu veranlassen. Das großherzogliche Ministerium des Innern fand auch die Beschwerde begründet, und trat deßhalb in Kommunikation mit großherzoglichem Justizministerium, von welchem nunmehr Entschließung zu erwarten steht.

Die hier bestrittene Ansicht versucht man theils aus dem Gesetze selbst; theils aus allgemeinen Grundsätzen zu rechtfertigen. In ersterer Beziehung wird geltend gemacht: dadurch, daß in der betreffenden Stelle

des Gesetzes gefordert werde, daß der Vagant schon durch andere geringere Polizeistrafen gewarnt sei, werde ausgesprochen, daß solch geringere Strafen jedesmal dem Erkenntnisse auf Arbeitsstrafe unmittelbar vorausgegangen seyn müssen.

Dieser Sinn kann aber unmöglich in den angeführten Worten liegen. Die grammatische und logische Auslegung spricht dagegen. Die erstere, weil kein Grund vorliegt, die allgemein lautenden Worte in der Weise zu beschränken, wie dieß nach der hofgerichtlichen Ansicht geschieht. Durch geringere Polizeistrafen ist auch Derjenige schon gewarnt, der späterhin noch nebst diesem durch größere Polizeistrafen gebüßt worden ist; denn die letztern heben das Daseyn der erstern nicht auf. Die logische Auslegung ist aber so entschieden dagegen, da nach dem ganzen Inhalte dieses Gesetzes der in Zweifel gezogene Abschnitt desselben offenbar nichts anderes sagen soll, als daß man solchen Individuen überhaupt nicht sogleich, ohne alle Abstufung, in das Arbeitshaus verurtheilen, sondern, wie dieß auch bei andern Vergehen geschieht und von allgemeinen Strafgrundsätzen als vernünftig und zweckgemäß geboten wird, ein Stufengang eingehalten und von der geringern zur höhern Strafe oder Correktion vorschreiten soll.

Es wäre gewiß sonderbar, wenn, während unsere Gesetzgebung überall und namentlich auch bei Polizeivergehen (vergleiche z. B. §§. 200 und 169 des Forststrafgesetzes) dem allenthalben anerkannten Grundsatze huldigt, daß bei Rückfällen dem dadurch beurkundeten, tief eingewurzelten Hange zu einem Vergehen durch schärfere Strafen entgegengewirkt werden müsse, gerade hierin von diesem gewiß vernünftigen und auf die menschliche Natur gegründeten Prinzip abgewichen und geradezu der entgegengesetzte Gang befolgt werden sollte. Der Hang, die Leidenschaft folgt doch gewiß hierin keinen andern Gesetzen, als bei jedem andern Vergehen; und Zweck und Ursache des Gesetzes sind hier auch keineswegs so verschieden von dem strafrechtlichen Zwecke im Allgemeinen, daß eine solche Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt würde, wie weiter unten gezeigt werden soll. Der Gesetzgeber würde daher, hätte er hierin eine solche Ausnahme statuiren wollen, dieß gewiß ausdrücklich gesagt haben und haben sagen müssen.

Schon hieraus möchte hervorleuchten, daß die hier bestrittene Ansicht auch aus allgemeinen Gründen, worauf man sie ferner stützen will, nicht gerechtfertigt werden kann. Man führt als ein Hauptmotiv dafür auf; der §. 93 der Erläuterungen leide hierher keine Anwendung, weil derselbe nirgends auf diejenigen polizeilichen Fälle für anwendbar erklärt sei, von denen die Verordnungen vom 22. Juni 1826 erstmals handle. — Allein daraus folgt doch noch keineswegs, daß in Fällen der fraglichen Art nach einer ausgesprochenen und erstandenen höhern Strafe bei einem weitern Rückfall wieder der erste Grad der Strafe erkannt werden müsse. Wenn der Rückfall auch nicht zur Verdopplung, Verdreifachung 2c., wie der §. 93 des Edikts verordnet, führen sollte, so ist doch damit die Erkennung einer dem vorigen Falle gleich oder doch nahe kommenden Strafe durch dieselbe Behörde nicht ausgeschlossen. Ueberdem bedarf es der Erläuterung auch gar nicht, um die Ueberzeugung zu begründen, daß ein späterer Rückfall schärfer, als das vorgegangene Vergehen von gleicher Gattung bestraft und nicht wieder von unten angefangen werden dürfe. Schon §. 96 des Strafedikts statuirt in Verbindung mit den Grundsätzen des gemeinen Strafrechts die Wiederholung desselben Vergehens als einen Erschwerungsgrund und aus den Bestimmungen des §. 4 des Strafedikts ergibt sich, daß ein späterer Rückfall, wenn ein früherer schon von einer höheren Behörde abgeurtheilt worden ist, nicht wieder an die untere Behörde zurückgewiesen werden kann, daß diese Bestimmungen des Strafedikts auch auf polizeiliche Straffälle Anwendung leiden und nicht bloß für peinliche und bürgerliche Vergehen gegeben sind, kann schon nach dem Inhalte des Strafedikts selbst, z. B. §. 47 lit. f, §. 49 lit. a, §. 48 und 50, §. 70 2c. des Strafedikts, vergleiche mit der Einleitung keinem Zweifel unterworfen seyn. Daß aber die Bestimmungen des Strafedikts auch insbesondere auf die in unserm Gesetz vom 22. Juni 1826 berührten polizeilichen Straffälle, so weit dasselbe nicht abweichende Anordnungen enthält, anwendbar seien, darf schon daraus gefolgert werden, daß darin das Gegentheil nicht ausgesprochen ist. Es ergibt sich dieß aber noch unzweifelhafter daraus, daß darin überall auf das Strafedikt hingewiesen wird (Art. II. und III. 1 — 5, 9, 16) und in Art. V, sowie auch in Nr. 4 des Gesetzes vom 7. September 1826 ohne weitere Bestimmung eine förmliche gerichtliche Untersuchung für die sich zur hofgerichtlichen Kompetenz eignenden Fälle vorgeschrieben wird. Die Stellung des Vergehens unter die hofgerichtliche Kompetenz mit solchen Bestimmungen ist hinreichend, um die Anwendbarkeit des Strafedikts und somit auch der Grundsätze über den Rückfall zu begründen, auch ohne ausdrückliche Hinweisung auf dieselben. Allein der §. 93 der Erläuterungen wird sogar noch ausdrücklich (Art. III. Ziff. 10.) in unserm Gesetze als Richtschnur anerkannt, was den Vertheidigern der entgegengesetzten Ansicht entgangen zu seyn scheint. Wer daher überhaupt den Erläuterungen gesetzliche Kraft beilegt, der wird auch hier die Verdopplung, Verdrei-

fachung rc. bei Rückfällen in Anwendung bringen müssen. Allein es ist schon anderwärts nachgewiesen, daß die Erläuterungen, in so fern sie nicht auf gesetzlichem Wege, vom Staatsoberhaupt emanirt sind, was gerade von §. 93 des Anhangs nicht behauptet werden kann, bloß doktrinellen Werth ansprechen können. Es wird deßhalb auch die Besorgniß allzu harter Bestrafung, welche für die bekämpfte Ansicht weiter angeführt wird, von der Anwendung der allgemeinen Grundsätze nicht abhalten dürfen, wornach bei Rückfällen im Allgemeinen für die Wiederholung ein willkührlicher Strafzusatz, je nach Gestalt der Umstände, auszusprechen ist.

Die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht behaupten ferner, daß auch nicht einmal eine analoge Anwendung jenes §. der Erläuterungen statifinden könne, weil

a. hier nicht sowohl eine eigentliche Strafe als vielmehr Sicherheit und Besserung Zweck des Gesetzes seien, und

b. auch davon abgesehen, die Strafe bei den oft geringfügigen polizeilichen Vergehen in keinem den allgemeinen Erfordernissen der Gerechtigkeit entsprechenden Verhältnisse stehen würde. Allein sind die unter a. angeführten Zwecke nicht auch zugleich Zweck der Strafe überhaupt, wenn gleich auch noch andere Zwecke je nach Verschiedenheit der dem Strafgesetz unterlegten Straftheorie mit verbunden seyn können? Daß aber auch Strafe im eigentlichen Sinne, d. h. Zufügung eines Uebels oder Leidens, durch das Gesetz vom 22. Juni 1826 bezweckt werde, wird wohl keinem, der dasselbe aufmerksam liest, entgehen können. Uebrigens dürfte es einleuchten, daß gerade die unter a. hervorgehobenen Zwecke bei dem in Frage stehenden Vergehen, das nach der Erfahrung so leicht zur hartnäckigen Gewohnheit wird und die Quelle der meisten Verbrechen ist, mehr als irgend sonst die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Rückfall rechtfertigen und als nothwendig zur Unterdrückung des kundgegebenen unverbesserlichen Hanges darthun, somit dieser Grund der bestrittenen Ansicht keineswegs das Wort redet, sondern vielmehr geradezu für unsere Ansicht spricht. Es ist nicht wohl einzusehen, welche Besserung von einer Gefängnißstrafe von 8 oder 14 Tagen da zu erwarten sei, wo bereits eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und mehr keine Besserung erzielt hat; es ist zumal unbegreiflich, wie man von der Freiheitsstrafe in unsern Amtsgefängnissen diesen Zweck eher, in so kurzer Zeit zu erreichen hoffen kann, als von einer längern fortdauernden Freiheitsstrafe in einer Anstalt, in welcher für all' das besser gesorgt ist, was eine gründliche Verbesserung eines an leichtsinniges Leben und Müßiggang gewöhnten Menschen zu bewirken geeignet ist. Daß aber eine erfolglose Bestrafung solcher Individuen die öffentliche Sicherheit und das Eigenthum in hohem Grade bedrohen, jene zur Fortsetzung eines Lebens, das ihnen große Reize ohne die Gefahr gleich großer oder überwiegender Uebel darbietet, aufmuntern und einen auch auf die Volksmoral tief einwirkenden Krebsschaden erzeugen und befördern müsse, bedarf bei den lautsprechenden Erfahrungen keiner weitern Auseinandersetzung.

Was endlich die mögliche Unverhältnißmäßigkeit der Strafe mit dem Vergehen betrifft, so ist diese einmal überhaupt kein Grund für den Richter vom Gesetze abzugehen, wenn sie auch eine noch so starke Aufforderung zur Aenderung des Gesetzes für den Gesetzgeber seyn kann. Vom legislatorischen Standpunkte aus möchte es allerdings angemessen seyn, bei diesem Vergehen, wenn es sich um die Bestrafung des Rückfalls handelt, diejenigen frühern Straffälle nicht in Anschlag zu nehmen, welche von dem spätern durch einen gewissen Zwischenraum, z. B. von 3 Jahren getrennt sind, welcher Umstand überhaupt bei Rückfällen mehr Beachtung verdiente. *) Sodann ist aber auch dieses Bedenken um deßwillen nicht begründet, weil nach dem Obigen nicht gerade die Verdopplung und Verdreifachung rc. als Schärfung nothwendig ist, sondern ein arbiträrer Strafzusatz genügt. Das Prinzip der schärfern Bestrafung wird selbst nicht einmal erheischen, daß das ganze Strafmaß des vorigen Rückfalls als Grundstrafe beim folgenden Rückfall angenommen werde. Eine relativ schärfere Strafe — und nur eine solche, keine absolut schärfere oder höhere dürfte nach der analogen Anwendung nothwendig seyn, — ist auch dann schon vorhanden, wenn das Vergehen etwas höher bestraft wird, als dasselbe, d. i. Vergehen nach seinem individuellen Umfang und seiner Intensität auf der unmittelbar vorhergehenden Stufe des Rückfalls bestraft worden seyn würde. Die Gründe, welche gegen eine wenigstens analoge Anwendung der Grundsätze über Wiederholung sprechen sollen, scheinen mir damit hinlänglich beseitigt. Ist dies der Fall und steht derselben auch der buchstäbliche Inhalt des fraglichen Gesetzes nicht entgegen, wie ich gezeigt zu haben glaube; so kann, wenn einmal eine die amtliche Competenz übersteigende Arbeitshausstrafe gegen einen Vaganten erkannt ist, bei einem spätern Rückfalle von dem Obergerichte die Aburtheilung eben so wenig an das Amt zurückgewiesen werden, um wieder mit den geringern Warnungen eine neue Strafskale zu beginnen, als man z. B. nach einem obergerichtlich abgeurtheilten dritten Betrugs- oder zweiten Ehebruchsfall (§. 4 des Strafedikts) den vierten Betrugs- oder den dritten Ehebruchsfall an das Amt verweist, damit dasselbe vorerst wieder seine Strafgewalt anwende und erschöpfe; vielmehr wird auch hier das Obergericht alsdann in ähnlicher Weise mit schärfern Strafen selbst einzuschreiten haben.

Dr. Zentner.

*) Der Entwurf des neuen Strafgesetzes (§. 150) nimmt hierauf keine Rücksicht.

II.

Ueber die Anwendung des L. R. S. 1338 auf die Anerkenntnisse der von Minderjährigen contrahirten Schulden nach erlangter Großjährigkeit. L. R. S. 1311.

Ich habe jüngst in der mündlichen Verhandlung über eine von einem Minderjährigen contrahirten Darlehnsschuld anläßlich eines vom Kläger beigebrachten Anerkenntnisses des Schuldners während seiner Großjährigkeit gegen die unterrichterlichen Entscheidungsgründe die Behauptung zu begründen gesucht, daß ein solches Anerkenntniß an die Förmlichkeiten des L. R. S. 1338 nicht gebunden und zu seiner Gültigkeit nicht erforderlich sei, darin zu erwähnen, daß man den Umstand der Minderjährigkeit als Grund der Umstößlichkeit des Darlehnsvertrages wohl kenne, und auf die Einrede der Minderjährigkeit verzichte.

Der L. R. S. 1338 verlangt gleichsam als Rechtsursache der Bestätigung oder Anerkennung einer nichtigen oder umstößlichen Verbindlichkeit, die ausdrückliche Erwähnung, daß man den Nichtigkeitsgrund kenne, und dessen ungeachtet aber die Verbindlichkeit gegen sich gelten lasse. Die Bestätigung einer solchen Verbindlichkeit ist einem Vergleiche oder Verzichte gleich zu achten. Ist ein Testament nichtig, weil z. B. nur drei Zeugen oder verwandte Zeugen beigezogen worden sind, so hat der Intestaterbe, wenn das Testament gegen ihn Kraft haben soll, in dem Anerkennungsakt ausdrücklich zu erklären, daß er das Testament, ungeachtet es aus jenem Grunde angefochten werden könnte, gleichwohl als giltig anerkenne, und so sollte man denn nun auch meinen, der großjährig gewordene Schuldner müsse beim Anerkenntnisse seiner in der Minderjährigkeit contrahirten Schuld mit bestimmten Worten auf die Einrede der Minderjährigkeit verzichten; dadurch wäre jedoch die Vorschrift des L. R. S. 1338 unnütz und zur Ungebühr ausgedehnt.

Es ist nach der Natur der Sache zu unterscheiden, ob der Nichtigkeitsgrund blos ein subjektiver oder ein im Rechtsgeschäft selbst liegender, aus ihm erkennbarer, objektiver Nichtigkeitsgrund sei. Mangelt es dem Testator an der Fähigkeit zu testiren, so ist dies für die streitenden Testaments- und Intestaterben freilich eben so gut ein objektiver Nichtigkeitsgrund, als ob ein Mangel in den Förmlichkeiten des Testaments vorläge; im einen wie im andern Falle muß die Anerkenntnißurkunde des Nichtigkeitsgrundes erwähnen, und der anerkennende Intestaterbe auf die Nichtigkeitsklage verzichten; ist aber eine Verbindlichkeit unwirksam oder umstößlich, weil der Anerkennende selbst es war, dem die Vertragsfähigkeit zur Zeit ihrer Entstehung abging, und ist demnach der Nichtigkeitsgrund ein subjektiver oder statusrechtlicher, wie bei einem großjährig gewordenen Schuldner, so wird man wohl sein im übrigen vollständiges Anerkenntniß während der Großjährigkeit nicht noch an die Förmlichkeit binden wollen, daß er ausdrücklich erkläre: daß er zwar bei Eingehung der Verbindlichkeit noch minderjährig gewesen, jedoch nicht gesonnen sei, von dieser Einrede Gebrauch zu machen.

Der Grund des Gesetzes über die (beschränkte) Vertragsunfähigkeit des Minderjährigen nach L. R. S. 1124 ist, denselben vor Schaden zu bewahren, in dem er durch Unverstand und Leichtsinn oft verfallen würde. Es liegt jedoch gerade in dem Anerkenntnisse während der Großjährigkeit ein faktischer Verzicht auf die Wohlthat des Gesetzes und zugleich implicite das weitere Zugeständniß, daß die vorliegende Schuld keine aus Leichtsinn kontrahirte sei; man muß nämlich annehmen, daß jeder weiß, was er thut, und namentlich, daß jeder weiß, wie alt er zur Zeit der übernommenen Vertragsverbindlichkeit war, und wie alt er zur Zeit des Anerkenntnisses ist. Es gibt auch stillschweigende und faktische Verzichtleistungen, und wenn es je eine solche gibt, so liegt sie in dem Anerkenntnisse einer Schuld während der Großjährigkeit; der L. R. S. 1338 will nach seinem Sinne nur, daß Jedermann wisse, wie es sich mit dem Rechtsstande der anzuerkennenden Verbindlichkeit — als Rechtsgrund oder causa seiner Bestätigung — verhalte. Der L. R. S. 1124 will den Minderjährigen gegen Vermögensnachtheile in Schutz nehmen, in welche ihn Leichtsinn und Unverstand geführt haben. Der Zweck und die Vorsicht dieser Gesetze scheinen mir aber schon damit erreicht zu seyn, daß ein Großjähriger mit reifer Ueberlegung eine Schuld anerkennt, von der er sich so leicht befreien könnte. Da endlich den Minderjährigen die natürliche Rechtsfähigkeit zu kontrahiren nicht entzogen, und sogar im L. R. S. 1314 die Ausnahme festgestellt ist, wornach die Veräußerungen liegender Güter oder Erbschaftstheilungen der Minderjährigen, wobei die vorgeschriebenen Formen beobachtet worden sind, wie Handlungen gelten, die sie nach erlangter Volljährigkeit vorgenommen hätten, — da also, wie Brauer zum L. R. S. 1314 bemerkt, da, wo die Erfüllung der Förmlichkeit vom Mündel selbst nachgesucht und erlangt worden, der Grund, daß der Minderjährige durch Unverstand oder Leichtsinn in Schaden gekommen sei, nicht möglich ist, so wird man um so mehr den Mangel der Vertragsfähigkeit und der vom Minderjährigen eingegangenen Verbindlichkeit dann als beseitigt ansehen dürfen, wenn der Minderjährige nach erlangter Großjährigkeit die Schuld anerkennt. Diese analoge Schlußfolgerung für die beschränkende Auslegung der L. R. S. 1338 und 1311 findet ohne Zweifel in dem L. R. S. 6 k ihre Rechtfertigung, welcher besagt:

„Wird für gewisse Willenserklärungen, Verbindlichkeitsübernahmen oder Beurkundungen ein bestimmtes Verfahren von dem Gesetze vorgeschrieben und es wird solches bei einem Rechtsgeschäfte mangelhaft befunden, so wird die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit desselben im Ganzen und in einzelnen Theilen von dem Ermessen des Richters abhängig, das sich darnach bestimmt, ob und wie weit damit dennoch die Absicht des Gesetzes erreichbar sei: durchgehends nichtig ist es nur alsdann, wann auf die Nichtbeobachtung ausdrücklich die Nichtigkeit gesetzt, oder das Verfahren für eine nothwendige Feierlichkeit oder Förmlichkeit erklärt ist."

Schmidt.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. | Nro. 43. | Karlsruhe den 27. October 1838.

I.

Bestrafung wiederholter dritter Diebstähle.

Zur Ergänzung desjenigen, was in Nr. 22 und 28 dieser Blätter über die Bestrafung wiederholter dritter Diebstähle erörtert ist, gehört der nachstehende Justizministerialerlaß:

Justizministerium.

Karlsruhe, den 14. Sept. 1838.

Nr. 3720. Bericht des großherzoglichen Oberhofgerichts vom 6. v. M. Nr. 3119, die Bestrafung des wiederholten dritten Diebstahls betreffend.

Beschluß:

1) Dem großherzoglichen Oberhofgericht unter Rückschluß der vorgelegten Akten zu erwidern:

So gerne man bereit ist, die dortige Ueberzeugung zu ehren, und so sehr man das Streben billigt, die Gesetzesauslegung zu berichtigen, so hätte man doch wünschen mögen, daß im gegenwärtigen Augenblick nicht eine feststehende Praxis gerade bei Bestrafung desjenigen Verbrechens, welches am häufigsten vorkommt, erschüttert worden wäre. An sich läge allerdings Grund vor, eben weil Diebstähle am häufigsten zu bestrafen sind, ein provisorisches Gesetz zu erlassen, um die Verschiedenheit der Ansichten der Gerichtshöfe auszugleichen und gleichförmige Aburtheilung zu sichern; allein da man eine vollständige neue Strafgesetzgebung bald erwarten darf, hält man für ungeeignet, dieses Auskunftsmittel jetzt noch zu ergreifen. Nach der geltenden Gesetzgebung vermag man jedoch eben so wenig die dortige Ansicht für richtig zu achten und glaubt deßhalb folgendes bemerken zu müssen:

An sich scheint es am rationellsten, den Rückfall in den dritten Diebstahl mit einer arbiträren Schärfung der Strafe des dritten Diebstahls neben dem Zusatz, der sich durch die Markenberechnung ergibt, zu belegen; die Erläuterungen von 1812 als formelle Rechtsquelle betrachtet, führten solches jedoch allerdings zu dem Resultat, daß die arbiträre Schärfung vermöge des letzten Satzes des §. 93 nur einen Monat betragen könne, also wegen ihrer Geringfügigkeit nicht anzusetzen sei. Von der andern Seite verdient aber wohl Beachtung, daß der Rückfall im Strafedikt, wie in den Erläuterungen als Erschwerungsgrund anerkannt ist, und daher von höherer Strafe als der vorhergehende Fall getroffen werden muß, für den Diebstahl ist dieß in Erläuterungen §. 77 sogar speziell ausgesprochen in den Worten: „Damit solcher (der dritte Diebstahl) sicher nie unter zwei Jahren Zuchthaus, aber sicher allemal höher als die vorherbegangenen bestraft werde.“ Lieferte daher auch die buchstäbliche Auslegung des §. 93 ein anderes Resultat, so müßte wohl der Ausleger eher in sich einen Irrthum suchen, als dem Gesetze eine unbegründete Abweichung von allgemeinen vernunftgemäßen Prinzipien beimessen.

Nach diesseitiger Ansicht ist die im Erlaß des Justizministeriums vom 30. Oktober 1813 Nr. 3573 enthaltene Auslegung, deren hoher doktrineller Werth sich, da der Verfasser des Strafedikts und der Erläuterungen daran Theil nahm, in keinem Fall bezweifeln läßt, die richtige, und es bedarf nur einer einzigen Modifikation der bisherigen Praxis, um sie mit dem Wortlaut des §. 93 in vollkommene Uebereinstimmung zu bringen.

Beachtet man nämlich, daß der zweite Satz des §. 93 mit dem ersten in unmittelbare Verbindung gebracht ist (da nur ein Semicolon sie trennt), so darf man behaupten, daß die Verdopplung resp. Verdreifachung der einfachen Strafe die Regel, das Minimum für die Strafe des Rückfalls bildet. Diese Regel muß aber auch auf den Rückfall in den dritten Diebstahl angewendet werden, da die Strafe des dritten Diebstahls eine festbestimmte Strafe in allen Fällen ist, wo der Werth sämmtlicher Diebstähle 2 Mark Silber nicht übersteigt. Wenn nun im dritten Satz des §. 93 für die „nach Größe des Schadens wachsenden Strafen“ eine anderweite Regel gegeben wird, so bezieht sie sich nicht auf eine bestimmte Klasse von Verbrechen, bei denen die Strafe nach der Größe des Schadens wachsen kann, sondern, wofür eben der Ausdruck „Strafen“ spricht, auf diejenigen konkreten Fälle, in welchen die Strafen wirklich gewachsen sind, d. h., da der Anfangspunkt des Wachsens nur in dem un-

mittelbar vorhergehenden gefunden werden kann, über dasjenige Maß gewachsen sind, welches aus der Regel der Verdopplung und Verdreifachung entsteht. Der Satz dürfte daher so auszulegen seyn: Ist die Strafe schon durch die Markenberechnung über das Doppelte, beziehungsweise Dreifache der Strafe des ersten Falles gewachsen, so liegt darin die Strafe der Wiederholung, ohne daß auch noch eine Verdopplung ꝛc. der einfachen Strafe Statt findet. Für die Anwendung ergibt sich demnach folgendes Resultat: Der erste wiederholte dritte Diebstahl wird stets wenigstens mit vier Jahren Zuchthaus bestraft; beträgt er jedoch mehr als 24 halbe Marken (mit Zurechnung des Werths der frühern Diebstähle), so werden die dafür anzusetzenden Monate Zuchthausstrafe nicht der verdoppelten, sondern der einfachen Strafe des drittten Diebstahls zugezählt, und die Strafe beträgt z. B. bei 36 halben Marken nicht, wie nach der frühern Berechnung, sieben, sondern fünf Jahre Zuchthaus.

Auf diesem Wege ist die Haupteinwendung gegen die bisherige Auslegung mit strengem Anschließen an die Worte der Erläuterungen beseitigt. Auch spricht für diese Auslegung, daß sie den von dem Gesetzgeber in §. 77 der Erläuterungen aufgestellten Grundsätzen:

a. den spätern Diebstahl sicher allemal höher zu bestrafen, als den vorhergegangenen und

b. den unverbesserlichen diebischen Hang als Hauptbestimmungsgrund zu betrachten,

gemäß ist, während die dortige Auslegung gegen diese beide Momente verstößt.

Auch ist die dortige Unterstellung, als werde bei dem dritten Diebstahl und seinen Wiederholungen der Werth der frühern Diebstähle eingerechnet, um einen Strafzusatz für die Wiederholung zu bezwecken, nicht richtig; vielmehr beruht diese Einrechnung nach dem §. 78 der Erläuterungen nur auf der eben sub lit. a angeführten Rücksicht, daß der spätere Diebstahl sicher allemal höher als der vorherbegangene bestraft werden soll; denn wäre der dritte Diebstahl absolut mit zwei Jahren Zuchthaus bedroht, so könnte das Resultat sich ergeben, daß wegen ersten oder zweiten großen Diebstahls auf höhere Strafe erkannt würde, als wegen des dritten.

2) Nachricht hiervon dem großherzoglichen Hofgericht des Unterrheinkreises mit dem Auftrag, die dortigen Urtheile, durch welche in Fällen des wiederholten dritten Diebstahls nach der bisherigen Praxis erkannt wird, so fern der Verurtheilte nicht selbst dagegen den Rekurs ergreift, jeweils sammt den Akten hieher vorzulegen.

(gez.) Jolly.

Meier.

II.

Ueber die Rückfallsstrafe bei dritten Diebstählen und den Werth der Erläuterungen zum Strafedikt.

Ueber den bisherigen Stand dieser schon längst bestrittenen, vorzüglich aber in der jüngsten Zeit zum Gegenstand lebhafter Erörterungen gewordenen Rechtsmaterien verweise ich auf die Nrn. 22 und 28 dieses Jahrgangs der Annalen. Auf einem vom großherzoglichen Oberhofgerichte an das Justizministerium deßhalb erstatteten Vortrag erfolgte von letzterer Stelle eine Entschließung (vom 14. September d. J.), welche anstatt in den unter andern auch gestellten Antrag auf Erlassung eines provisorischen Gesetzes einzugehen,*) aus Rücksicht auf das nahe Bevorstehen eines allgemeinen neuen Strafgesetzbuches blos eine Auslegung über die Bestrafung dritter Diebstähle gibt, ohne sich in eine Erörterung über die Gesetzeskraft der Erläuterungen zum Strafedikt einzulassen. Darin wird mit Abweichung von den bisher bekannt gewordenen Ansichten eine neue aufgestellt, die im wesentlichen darin besteht: die Verdopplung resp. Verdreifachung der einfachen Strafe des dritten Diebstahls (2 Jahre Zuchthaus) müsse als das Minimum der Wiederholung oder des Rückfalls betrachtet werden, wenn nun die Strafe schon durch die Markenberechnung über das Doppelte resp. dreifache der Strafe des einfachen dritten Diebstahls ansteige, so liege darin, wie der § 93 der Erläuterungen bestimme, die Strafe der Wiederholung, ohne daß auch noch eine Verdopplung ꝛc. der einfachen Strafe Statt finde.

Der erste wiederholte dritte Diebstahl sei also stets wenigstens mit 4 Jahren Zuchthaus zu bestrafen; betrage er jedoch mit Hinzurechnung der frühern Diebstähle mehr als 24 halbe Marken (2 J. Zuchthaus, §. 77 des Strafedikts), so werden die dafür anzusetzenden Monate Zuchthausstrafe nicht der doppelten sondern der einfachen Strafe des dritten Diebstahls zugezählt und die Strafe betrage deßhalb, z. B. bei 36 halbe Marken (sollte heißen: 40 halbe Marken oder 36 halbe Marken über 48 fl. oder 2 Marken hinaus) 5 Jahre Zuchthaus und nicht, wie nach der bisherigen Berechnung, 7 Jahre.

Man sieht hieraus, daß der Unterschied zwischen dieser Berechnung und jener der seitherigen Praxis sowohl als auch jener nach der oberhofgerichtlichen Ansicht groß genug

*) Dies ist ein Mißverständniß. Das Oberhofgericht hat keinen Antrag auf Erlassung eines provisorischen Gesetzes gestellt, sich vielmehr in seinem an das Justizministerium erstatteten Vortrage vom 6. August 1838. Nr. 3720 gegen eine solche Maßregel erklärt, weil es dafür halte, daß dazu die Voraussetzungen des §. 66 der Verfassungsurkunde fehlen. D. R.

ist, um zur ernstlichsten Untersuchung der richtigen Ansicht aufzufordern. Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß die eben angeführte Auslegung des großherzoglichen Justizministeriums nach unserm Verfassungsgesetz blos doktrinellen Werth hat, und daher auch, wie jede andere wissenschaftlich begründete Auslegung sich der Prüfung der Doktrin unterwerfen muß. Dem Verfasser scheint keine von allen diesen 3 Auslegungen die richtige zu seyn, die oberhofgerichtliche aber derjenigen am nächsten zu kommen, welche es für die richtige hält und mit Nachfolgendem zu begründen versuchen will. Der Versuch wird, wenn er auch nicht so glücklich seyn sollte, die Gegner von der Richtigkeit der darin verfochtenen Ansicht zu überzeugen, doch mindestens das Verdienst haben, zu neuem Nachdenken anzuregen, und das ist immer schon ein Gewinn für den Sieg der Wahrheit.

Bei dieser Untersuchung fällt es zunächst in die Augen, daß die seitherige Praxis, welche nun vom großherzoglichen Justizministerium in seinem jüngsten Erlasse verworfen wird, ihr Daseyn und ihre langjährige Dauer (seit 1813) derselben Stelle, nämlich dem Justizministerialerlasse vom 30. Oktober 1813 verdankt; und wenn man gewiß zugestehen muß, daß diese Praxis der gerechte Vorwurf einer großen Härte trifft, die im Gesetze keine Begründung hat, und man deßhalb um so mehr beklagen muß, daß die Gerichte denselben, wie es scheint ohne weitere Prüfung, wie ein Gesetz als bindende Norm ansahen, so wird man sicherlich der Mißbilligung nicht beistimmen können, welche großherzogliches Justizministerium im Eingange seines neuesten Erlasses, wenn auch nur in der gelindern Form eines Wunsches, gegen die Abweichung von der seitherigen, doch nun von ihm selbst für unrichtig erkannten, Praxis auszusprechen sich bewogen fand. Eine als unrichtig und den Gesetzen widersprechend erkannte Praxis muß der pflichtgetreue Richter aufgeben, er kann daher deßhalb auch keinen Tadel verdienen und alles, was die Justizoberaufsichtsbehörde, welche nicht durch Veranlassung eines Gesetzes abhelfen will, in einem solchen Fall thun kann, beschränkt sich auf das Einwirken auf den Richter auf doktrinellem Wege.

Hält man die verschiedenen Ansichten, die sich jetzt hauptsächlich entgegenstehen, gegen einander, so unterscheiden sie sich im Wesentlichen darin, daß

1) die auf die Justizministerialverordnung v. J. 1813 gebaute seitherige Praxis unbedingt Verdopplung, Verdreifachung 2c. und zugleich die Markenberechnung bei dritten Diebstählen zuläßt, während

2) der Justizministerialerlaß vom 14. September d. J. gleichfalls beide Arten der Verschärfung, die Verdopplung 2c. (diese jedoch nur in so weit, als die Markenberechnung nicht für sich schon dieses Maß ausfüllt,) und die Markenberechnung anerkennt; so daß die letztere also nur dann die Verdopplung 2c. ausschließt, wenn sie über deren Maß hinausreicht. Bei der einen und der andern Ansicht wird den Erläuterungen Gesetzeskraft beigelegt; in dem jüngsten Justizministerialerlaß wird dies zwar nicht ausdrücklich gesagt, es geht aber unzweideutig aus dem ganzen Inhalte des Erlasses hervor, wie schon die Worte mit sich bringen: „Nach der geltenden Gesetzgebung vermag man jedoch 2c.“

3) Abweichend von diesen beiden Ansichten nimmt eine dritte Meinung an, daß bei dritten Diebstählen ausschließlich und unbedingt die Markenberechnung eintrete und, ohne Verdopplung, Verdreifachung 2c. das Maß für die Wiederholung bilde. Dies ist die Ansicht, welche in der neuern Zeit das großherzogliche Oberhofgericht adoptirt hat, welches dieselbe schon in dem Strafedikte begründet findet, aber auch zugleich für diejenige Meinung ansieht, die nach richtiger Auslegung in den Erläuterungen (§. 93) ausgesprochen sei.

Eine vierte Ansicht verwirft lediglich die Erläuterungen als Gesetzesquelle und folgt bloß dem §. 77 des Strafedikts und den allgemeinen Grundsätzen hinsichtlich des Rückfalls, wornach für die Wiederholung außer der Markenberechnung ein besonderer willkührlicher Strafzusatz in Anwendung gebracht werden soll, während

5) noch eine andere Ansicht von dieser Meinung nur darin abweicht, daß sie einen solchen Zusatz für die Wiederholung bloß in den Fällen statuirt, in welchen die Markenberechnung kein Resultat liefert, der zu bestrafende Rückfall nämlich keine weitere Mark herausstellt.

Diese zwei letztern Ansichten sind von der Minorität des Hofgerichts am Unterrhein in dem Falle geltend gemacht worden, wovon Nummer 22 der Annalen spricht.

Prüfen wir nun zunächst die in dem letzten Justizministerialerlaß aufgestellte Ansicht und die dafür angeführten Gründe, so beruht sie, wie mir scheint, auf zwei irrigen Voraussetzungen. Diese sind:

1) daß der folgende Rückfall stets höher als der frühere bestraft werden müsse,

2) daß das Wachsen der Strafe, wovon §. 93 der Erläuterungen am Ende spricht, erst da beginne, wo das Maß der Strafe über das Doppelte, Dreifache 2c. hinausgehe.

Was die erste Behauptung anbetrifft, so ist zwar so viel richtig, daß die Erläuterungen (§. 77 des Anhangs) dieselbe wirklich enthalte; wenn man daher den Erläuterungen überhaupt Gesetzeskraft beilegt, so ist der Satz im Allgemeinen wohl nicht zu bezweifeln; und wenn das Oberhofgericht für seine Ansicht auch die Erläuterungen geltend machen will, wie dies nach der Mittheilung der Redaktion in Nr. 22 der Annalen der Fall ist, so muß man der im Justizministerialerlaß vom 14. September ausgesprochenen Ansicht wenigstens

den Vorzug der Consequenz einräumen. Es dürfte wohl nicht angehen, die Erläuterungen nur theilweise, so weit man sie nämlich brauchen kann, anzuwenden. Aus den Erläuterungen wird es daher nicht gerechtfertigt werden können, wenn, wie p. 141 der Annalen geschieht, auch eine „*wenigstens eben so hohe*“ Strafe des Rückfalls, wie die des frühern Diebstahls, für groß genug erachtet wird. Nehmen wir einstweilen auch an, daß die Erläuterungen Gesetzeskraft haben und geben wir zu, daß nach den Erläuterungen in ihrer Verbindung die spätere Rückfallsstrafe immer höher als die Strafe des frühern dritten Diebstahls seyn soll; so folgt doch daraus noch keineswegs, daß sie gerade in dem Maße größer seyn muß, als in dem Justizministerialerlaß vom 14. September angenommen wird.

Es folgt weder aus dem Semikolon des §. 93 der Erläuterungen, worauf in dem Erlasse Gewicht gelegt wird, etwas für diese Ansicht, noch beruht der oben unter Ziffer 2 angeführte Satz auf irgend einem haltbaren Grund; diese letztere Unterstellung ist vielmehr ganz willkührlich und der letzte Satz in §. 93 der Erläuterungen enthält auch nicht eine Spur von etwas, das zu dieser Annahme berechtigen könnte. Der Satz, *daß in Bezug auf die nach der Größe des Schadens wachsenden Strafen in der fortgesetzten Berechnung der frühern Summen des Schadens zu den letzten schon das Maß für die Wiederholung liege*, lautet allgemein. Es scheint nun aber von selbst klar zu seyn, daß, wenn auch gemäß §. 77 des Strafedikts nur ein Monat (daß ein Monat der Geringfügigkeit gar nicht in Anschlag kommen soll, wie im Justizministerialerlaß gesagt ist, dies wird meines Wissens durch kein Gesetz verordnet) vermög der Markenberechnung weiter zu der Strafe des dritten Diebstahls hinzukömmt, diese schon wirklich nach der Größe des Schadens *gewachsen ist*; denn der Begriff des Wachsens liegt sprachrichtig schon in jeder Vermehrung, und Niemand kann im Ernste behaupten wollen, daß eine Vermehrung von weniger als 2 resp. 4 Jahre keine Vermehrung sei. Es wird hier eine Restriktion in den fraglichen Satz hineingelegt, die darin gar nicht liegt. Sollte diese darin zu finden seyn, so hätte sie der Verfasser der Erläuterungen nothwendig aussprechen müssen; er hätte sagen müssen: „In Bezug auf die nach der Größe des Schadens *über die vorbemerkte Verdopplung, Verdreifachung* ꝛc. wachsenden Strafen ꝛc.“ Während dem also der §. 93 der Erläuterungen in dem Schlußsatze gerade für die Fälle überhaupt, um die es sich hier handelt, eine Ausnahme von der für Wiederholungsklagen des Verbrechens aufgestellten Regel statuirt und damit in den ausgenommenen Fällen gerade die Regel ausschließt, so wird in dem Justizministerialerlaß vorerst und bis auf einen gewissen Grad (2 resp. 4 ꝛc. Jahre) die Regel der Verdopplung ꝛc. in Anspruch genommen und erst darüber hinaus der Ausnahme eine Anwendung und Wirkung vergönnt, welches Verfahren den Grundsätzen der Hermeneutik gewiß nicht entspricht. Am allerwenigsten kann der Satz, daß die spätere Rückfallsstrafe eine *höhere* seyn soll, gerade für diesen Maßstab einen Grund abgeben; denn ein jeder beliebige Zusatz würde im konkreten Falle dieser Forderung schon genügen. Die Annahme erscheint also in der That ganz willkührlich. Abstrahirt man aber von dieser unrichtigen Verfahrungsweise und sucht man den allgemeinen Satz, daß die spätere Rückfallsstrafe stets höher seyn soll, auch in den engsten Schranken in allen Fällen durchzuführen; so gelangt man bei strenger Auslegung der Erläuterungen zu dem Ergebniß, daß überall, wo die Strafe nicht nach der Größe des Schadens wirklich wächst, d. i. wo sich bei der Zusammenrechnung nicht mindestens eine weitere Mark mehr ergibt, die Verdopplung ꝛc. eintreten müßte, d. h. man würde zu der Absurdität gelangen, daß z. B. bei einem erstmals wiederholten dritten Diebstahl, der an sich 13 fl. beträgt, wenn alle vorhergehenden Diebstähle 48 fl. betragen, eine Strafe von 2 Jahren 1 Monat ausgesprochen werden müßte, während dem, wenn der wiederholte dritte Diebstahl bloß 10 fl. oder gar nur 6 kr. beträgt, wo also keine weitere halbe Mark einen Zuwachs der Strafe begründet, die Verdopplung, folglich 4 Jahre Zuchthaus, erkannt werden müßte. Das Ungeräumte dieser Verfahrungsweise springt noch mehr in die Augen, wenn man annimmt, daß fernere Wiederholungsfälle von ganz kleinen Beträgen, welche zusammen keine weitere halbe Mark bilden, zur Bestrafung kommen, indem es sich dann ereignen kann, daß der zum zweitenmal wiederholte dritte Diebstahl bei dem Gesammtbetrag von 59 fl., z. B. mit 6 Jahren Zuchthaus bestraft wird, während dem der darauf folgende zum drittenmal wiederholte dritte Diebstahl, wenn die Summe aller Diebstähle um 2 fl. mehr ausmacht, bloß mit 2 Jahren 1 Monat Zuchthaus bestraft werden müßte. Hierin liegt also wohl ein Grund mehr, es mit den Erläuterungen strenge zu nehmen. Zu diesem Absurdum kömmt man freilich nach der oberhofgerichtlichen Auslegung des Ausdrucks *Wachsen* im Schlußsatze des §. 93 der Erläuterungen nicht, weil darnach nicht darauf, ob die Strafe nach der Markenberechnung im einzelnen Falle *wirklich wachse*, gesehen werden, sondern damit für die ganze Gattung der Verbrechen, bei welcher überhaupt die Markenberechnung statuirt ist, der ausschließliche Maßstab gegeben seyn soll. Allein dieser Auslegung steht, auch abgesehen von dem Wortlaute, entgegen, daß alsdann in all den Rückfällen, welche um keine halbe Mark höher ansteigend die Strafe ja nicht *höher* würde, was doch die Erläuterungen verlangen (§. 77 des Anhangs).

Die Verlegenheiten, in welche demnach die Erläuterungen,

wenn man ihnen Gesetzeskraft beilegt, den Richter bringen, sind aber glücklicherweise keine nothwendige; sie verschwinden, wenn man alle vom Justizministerium ausgegangenen Erläuterungen und Rechtsbelehrungen auf ihren wahren Werth zurückführt, ihnen nämlich nur doktrinelle Bedeutung beilegt. Daß dies aber die richtige Ansicht sei, dürfte wohl aus den Ausführungen, welche in Nr. 22 der Annalen allegirt sind und aus den dort angedeuteten Gründen der hofgerichtlichen Minorität schon zur Genüge hervorgehen, und schwerlich wird aus den daselbst zu Gunsten der hofgerichtlichen Majoritätsansicht hervorgehobenen Gründen, die indessen in jener Vollständigkeit hauptsächlich von großherzoglichem Staatsanwalt zur Festhaltung der seitherigen Praxis entwickelt wurden, bei einer schon für Auffassung und Unterscheidung der Begriffe etwas mehr folgen, als daß die in jenen Fällen zum Sieg gelangte Ansicht auf einer langjährigen Praxis beruht, deren morsche Grundlage in Nr. 28 der Annalen an den hellen Tag gekommen ist und nunmehr in dem neuesten Justizministerialerlaß wenigstens in einem wesentlichen Theile aufgegeben wird. Das ist die Praxis nicht, welche von dem Richter Achtung fordert, und von deren Erschütterung er, wo nicht die volleste Ueberzeugung von einem Widerspruche mit den Gesetzen und der gesunden Vernunft ihm davon abzuweichen gebietet, mit einer heiligen Scheu und einem heilsamen Mißtrauen in die Richtigkeit seiner eigenen Ansicht zurückbeben soll; eine solche Achtung ziemt nur derjenigen Praxis, welche nicht aus einem Machtgebot, das die anwendenden Richter mit Verkennung ihrer Stellung sowohl als des gesetzlich bestimmten Wirkungskreises des Justizministeriums nach dem Ausdruck der Redaktion der Annalen wie ein Evangelium betrachteten, hervorging, sondern sich als das Ergebniß freier Forschung der Wissenschaft und einer gesunden Hermeneutik kundgibt. Wenn man zur Rechtfertigung der hofgerichtlichen Majoritätsansicht in Beziehung auf die Frage der Gesetzeskraft der Erläuterungen sich auf eine Reihe von Vorgängen als: höchsten Orts bestätigte Erkenntnisse, in welchen die Erläuterungen als Gesetz angewendet worden sind; Verordnungen, ja selbst Gesetze, worin ihrer Erwähnung geschieht; ihre Publikation im Regierungsblatt &c. beruft, um daraus die wenigstens stillschweigende Anerkennung und Gutheißung des Staatsoberhaupts oder der gesetzgebenden Gewalt zu folgern; so möchte dieses Argument wohl durch die Bemerkung entkräftet erscheinen, daß nach unsern Verfassungsgesetzen, und zwar selbst nach den ältern Vorkonstitutionen, wie schon von Andern dargethan worden ist, Gesetze und authentische Auslegungen nicht durch stillschweigende Genehmigung der von einzelnen Ministerien ausgegangenen Akte durch den Gesetzgeber entstehen konnten, und daß es leider Thatsache ist, daß man eine lange Zeit hindurch bei uns die Gesetzgebung besonders im Justizfache mit untergeordnetem Interesse und einer gewissen Gleichgiltigkeit behandelte, weßhalb allein schon die Früchte aus dieser Epoche auf keine unbedingte Anerkennung zu rechnen haben, vielmehr einer genauern Prüfung bedürfen. Untersuchen wir daher, ohne den Gesichtskreis durch die Erläuterungen trüben zu lassen, die sich ja sogar selbst nur als eine auf Rechtsähnlichkeit gebaute Auslegung ankündigen (§. 93) unbefangen den wahren Sinn des Gesetzes, wie er sich aus dem Strafedikt selbst ergibt, so gelangen wir ohne Schwierigkeit zu folgendem Resultat: Zu Folge des §. 77 des Strafedikts bildet der dritte Diebstahl ein eigenes Verbrechen, dessen Strafe der Gesetzgeber dahin bestimmt hat, daß sie zwei Jahre Zuchthaus und je einen Monat weiter für jede halbe Mark, um welche die Summe aller Diebstähle zwei Marken oder 48 fl. übersteigt, betragen soll. Zwei Jahre ist also auf den dritten Diebstahl ohne Rücksicht auf die Größe die Grundstrafe, und den dritten Diebstahl, nach seiner Größe betrachtet, ist zwei Jahre Zuchthaus mit einem Monat derselben Strafe für jede 48 fl. übersteigende halbe Mark die Grundstrafe, so daß man also, weil bei jedem dritten Diebstahl diese Markenberechnung auf den Grund der Zusammenrechnung aller Diebstahlssummen Statt finden soll, die zuletzt bezeichnete Grundstrafe die allgemeine Grundstrafe nennen kann. Da nun nach den vom Strafedikt (Einleitung und §. 98 des Strafedikts) anerkannten allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Criminalrechts die Wiederholung eines Vergehens einen Erschwerungs- oder Strafschärfungsgrund bildet, so muß in jedem einzelnen Rückfall noch ein Strafzusatz beigefügt werden, dessen Größe dem Ermessen des Richters überlassen ist; somit enthält das im Justizministerialerlaß vom 30. Oktober 1813 aufgestellte Prinzip, daß nämlich neben der Markenberechnung noch ein besonderer Strafzusatz für die Wiederholung ausgesprochen sei, gewiß die richtige Auslegung des Strafedikts. Nur dafür, daß der Zusatz in der Verdopplung, Verdreifachung &c. bestehen soll, liegt kein gesetzlicher Grund vor, sondern diese Ansicht gründet sich lediglich auf den §. 93 der Erläuterungen und kann daher nicht binden. Die in den Annalen mitgetheilte oberhofgerichtliche Ansicht will zwar ganz allgemein die Schärfung für die Wiederholung schon in der zur zweijährigen Zuchthausstrafe hinzukommenden Markenberechnung finden und stützt diese Ansicht, abgesehen von dem §. 93 der Erläuterungen, darauf, „daß es sonst zu jener in der Hinzurechnung der frühern Diebstahlssummen liegenden Schärfung gar keinen denkbaren Rechtsgrund gäbe." Hierin kann ich jedoch dem Oberhofgerichte nicht beipflichten; denn die Worte des §. 77 des Strafedikts sprechen es ganz deutlich aus, daß die Zurechnung für die

48 fl. übersteigenden halben Marken an das Daseyn dieser höhern Summe der sämmtlichen Diebstähle gebunden, diese also lediglich dafür seyn solle. Das Strafedikt anerkennt überhaupt bei der Bestrafung der Diebstähle neben andern Momenten der Strafausmessung die Größe des Schadens als ein Hauptmoment und setzt nur den Anfangspunkt der Wirksamkeit dieses Momentes bei den verschiedenen Diebstählen in verschiedener Weise fest, wie aus einer Vergleichung der §§. 74 — 77 und §. 79 des Edikts hervorgeht; und diesem Momente allein soll durch die Bestimmung im zweiten Theile des §. 77 Rechnung getragen werden. Zwar ist es eine Sonderbarkeit, daß die Beträge der frühern Diebstähle auf solche Weise bei spätern Rückfällen immer wieder in Berechnung genommen werden, und es gewinnt dadurch den Anschein, daß dieselbe Handlung mehreremals bestraft werde. Bei der Bestimmtheit der Worte kann man sich diese Verfügungsweise des Gesetzes nicht wohl anders als so erklären, daß, wie auch in den Erläuterungen hierüber (§. 78 des Anhangs) bemerkt wird, der Gesetzgeber aber auf diese Art den Maßstab für dritte Diebstähle festsetzen wollte, und unverkennbar liegt dabei die Absicht zu Grund, daß derjenige, welcher in der Vergreifung an fremdem Eigenthum eine gewisse Summe überstiegen, d. i. in so großem Maße das fremde Eigenthum beeinträchtigt habe, auch noch bei spätern Rückfällen die Fortwirkung der durch die Größe des Schadens begründeten besondern Strafbarkeit fühlen solle. Wenn ich diese Sonderbarkeit zu erklären versuche, so will ich jedoch damit keineswegs auch eine Rechtfertigung dieses Verfahrens versucht haben; ich bin vielmehr der Ansicht, daß diese Norm zur Verhütung von Mißdeutungen viel zweckmäßiger hätte ausgedrückt werden können.

Es läuft wider den Sinn, daß der §. in seiner gegenwärtigen Fassung die Summen, die durch den neuen Rückfall hinzukommen, und noch nicht bestraft sind, mit jenen der frühern, schon mit Rücksicht auf die Schadensgröße bestraften Diebstähle in eine Klasse zusammenwirft. Immerhin ist aber damit für die Wiederholung keine Schärfung ausgesprochen, weil die Schärfung ausdrücklich für ein anderes Moment bestimmt ist. Da nun aber, wie schon gezeigt worden, die Wiederholung immer als Erschwerungsgrund wirkt, so ist in jedem Falle außer der Grundstrafe, wozu die Markenberechnung gehört, noch ein arbiträrer Strafzusatz für die Wiederholung auszusprechen: und zwar muß, weil bei solchen Gewohnheitsverbrechen jede Wiederholung einen tiefer eingewurzelten Gang offenbart, dem daher auch nur mit größerer Strenge wirksam entgegengewirkt werden kann, der Zusatz für die Wiederholung größer seyn als im vorigen Falle. Auf diese Weise kommen wir dann zu dem Resultate, das auch die Erläuterungen in §. 77 enthalten, daß nämlich der spätere Rückfall stets mit einer höhern Strafe als der frühere geahndet werde. Soweit stellen sich die Erläuterungen des Justizministeriums uns also in der That als die richtige doktrinelle Auslegung dar. Die Auslegung aber, die aus mehreren Bestimmungen des Gesetzbuches über den Rückfall bei einzelnen Verbrechen (§. 62, 64, 79), worunter auch eine aus besondern Gründen (bei der Bestrafung der Gauner) angedrohte Verdopplung vorkommt, vermög der Rechtsähnlichkeit überhaupt die Verdopplung und sogar noch die Verdreifachung ꝛc. für weitere Rückfälle abstrahirt und als allgemeine Regel aufstellt, diese Auslegung hält an den richtigen Interpretationsregeln nicht die Probe, kann folglich auch nicht auf Befolgung Anspruch machen.

Wir wollen nun die Sache noch durch einige Beispiele anschaulicher zu machen suchen.

Jemand ist 1) wegen eines Diebstahls von 24 fl., 2) wegen eines solchen von 12 fl., und 3) wegen eines solchen von 36 fl. bestraft worden, und zwar im letzten Fall nach §. 77 des Strafedikts mit 2 Jahr und 2 Monat Zuchthaus. Er entwendet wieder 10 fl. und macht sich dadurch des vierten oder des erstmals wiederholten dritten Diebstahls schuldig; nun erhält er

a. nach unserer Ansicht

1) als Grundstrafe nach §. 77 des Strafedikts	2 J. 2 M.
2) für die (letzte) Wiederholung oder den Rückfall einen arbiträren Zusatz etwa . . .	3 M.
Summe	2 J. 5 M.

Hätte aber der vierte Diebstahl 15 fl. betragen, so wäre

1) die Grundstrafe	2 J. 3 M.
2) der Zusatz für die Wiederholung . . .	3 M.
	2 J. 6 M.

Er stiehlt nun zum fünftenmal und zwar 48 kr. In diesem Falle, dem zweitmals wiederholten dritten Diebstahl, erhielte er

1) Grundstrafe	2 J. 3 M.
2) für die (letzte) Wiederholung . . .	4 M.
	2 J. 7 M.

b. Nach dem Justizministerialerlasse vom 14. September d. J. beliefe sich die Strafe des erstmals wiederholten dritten Diebstahls, ob er 10 fl. oder 15 fl. betrage, auf 4 Jahre und die des fünften auf 6 Jahre.

c. Nach der oberhofgerichtlichen Ansicht dagegen würde der vierte Diebstahl im Werth von 10 fl. 2 Jahre, von 15 fl. 2 Jahre 1 Monat; der fünfte im Werth von 48 kr. wieder nur 2 Jahr 1 Monat betragen.

d. Nach der seitherigen noch von der Majorität des Hofgerichts des Unterrheins festgehaltenen Praxis dagegen wäre die Rechnung folgende:

Erstmals wiederholter dritter Diebstahl von 15 fl.

1) Grundstrafe u. Wiederholung (Verdopplg.) 4 J.
2) Markenberechnung . . . . 3 M.
Summe 4 J. 3 M.

Zweitmals wiederholter dritter Diebstahl.
1) Grundstrafe u. Wiederholg. (Verdreifachg.) 6 J.
2) Markenberechnung . . . . 3 M.
Summe 6 J. 3 M.

Je höher die Summe der wiederholten dritten Diebstähle, desto mehr würde die Strafe nach seitheriger Ansicht jene nach dem neuesten Justizministerialerlaß übersteigen, da nach dem letztern die Verdopplung und Verdreifachung ꝛc. überall wegfällt, wo einmal die Zahl der Marken das gleiche Zeitmaß ergibt, nach der alten Ansicht aber solche stets fort mit in die Wagschale gelegt wird. Es ergibt sich aus dieser Uebersicht, daß die oberhofgerichtliche Ansicht die mildeste ist, dieser die hier vertheidigte am nächsten kommt, und dann der Strenge nach die nach dem neuesten Justizministerialerlasse und endlich die der seitherigen Praxis folgt. Es ergibt sich ferner — und dies möchte nicht der unbedeutendste Grund gegen diese Ansicht seyn, — daß nach den neuesten Erläuterungen des Justizministeriums alle erstmahls wiederholten dritten Diebstähle von 6 Kreuzer bis 288 fl., sodann alle zweitmals wiederholten dritten Diebstähle von der geringsten Summe bis 576 fl. ganz gleich bestraft würden! Ich bezweifle, ob ein solches Ergebniß in der Absicht des großherzoglichen Justizministeriums liege; noch mehr bezweifle ich, ob diese Art der Bestrafung dem Prinzip, welches das Strafedikt in Beziehung auf die Schadensgröße in den §§. 74 — 77, 79 so bestimmt ausdrückt, entspreche. Den Vorwurf zu großer Milde wird man der hier entwickelten Ansicht mit Grund nicht machen können, wenn man bedenkt, daß schon das Minimum der Strafe des ersten dritten Diebstahls für die Fälle von geringerm Betrag, z. B. bei einem Objekt von einigen Gulden oder gar einigen Kreuzern, wie schon manche Fälle vorkamen, viel zu hart und den geläuterten Prinzipien des heutigen Strafrechts zuwider ist.

Zum Schluß muß noch der humanen Tendenz rühmlich erwähnt werden, die in der zugleich mit dem Justizministerialerlaß vom 14. September d. J. an die Gerichtshöfe ergangene Anordnung ausgesprochen ist, daß in allen solchen Fällen, in welchen künftig noch nach der seitherigen Praxis erkannt werden sollte, wenn nicht schon der Verurtheilte rekurrire, die Akten dem Justizministerium vorgelegt werden sollen. Sollte es nicht die Konsequenz wie die Humanität fordern, daß vom großherzogl. Justizministerium alle jene, welche nach der seitherigen Ansicht verurtheilt wurden, zur Begnadigung mit dem ganzen noch nicht erstandenen Mehrbetrag der Strafe nach dem Maßstab der dortseits adoptirten mildern Ansicht höchsten Orts empfohlen werden? — X.

III.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

4. Der Wille.

(Fortsetzung.)

So sehen wir deßhalb auch innerhalb vollkommener Freistaaten so gut einen souveränen Willen, als sich in Despotien alle, diesem Prinzip scheinbar fremde, aber von der Vernunft geforderte, Willensformen wenigstens momentan geltend machen. Der Wille ist Geist und folgt in seinen Aeußerungen den Gesetzen des Geistes. Ein Einzelner, mehrere Einzelne und alle Einzelnen können z. B. als souverän gedacht werden, und sind es im bisherigen Ablaufe der Weltgeschichte schon gewesen, und die Widersprüche der Denk- und Willensstufen, in denen sich die Völker herumgeworfen haben, sind, zwar oft nur ganz formelle, aber doch immer Kategorien und Gedankenextreme, wo gewöhnlich der praktische Sinn der Staatsmänner, bisweilen auch der der Regierten, die abstrakte Einsicht in die Gedankenverhältnisse ersetzt hat, und für den einzelnen Fall auch vollkommen genügend, denn Denken ist Denken, und wenn ein kluger Kopf einsieht, daß in einem besondern Zustande ein Widerspruch gelöst werden müsse und das Wie durch sein Genie findet, so unterscheidet er sich von dem philosophischen Talente nur durch die geringere Allgemeinheit und Ausdehnung, die er dem eingesehenen Gedanken zu geben veranlaßt ist. Das gehört also allerdings auch hieher, daß der Staat ebenfalls einen Willen hat, und daß sein Wille kein anderer seyn soll, als die sich verwirklichende Vernunft; aber im Rechte ist es schon von dem Bedürfnisse ganz bestimmt gefordert, welcher Art hier der allgemeine Wille seyn müsse. Wir pflegen ihn gewöhnlich einen moralischen Willen zu nennen und von der vernünftigen Einsicht nicht zu trennen. Dies trifft, wie man leicht sehen kann, damit zusammen, daß schon jede Handlung, um moralisch zu seyn, mit dem Vorsatze übereinstimmen muß, oder, anders ausgedrückt, daß der äußerlich erscheinende Wille auch als innerlicher Wille vorhanden sei. Da dieser Unterschied des Aeußern und Innern nur formell ist und nur den relativen Werth der Handlung in Bezug auf mich ausdrückt, so ist der allgemeine Werth derselben dadurch gar nicht bezeichnet, und das Gute und Böse, oder Rechte und Unrechte der That ist damit nicht bestimmt. Der Richter hat also jedenfalls die subjektiv allgemeine Stellung des Gewissens nicht als Maßstab gelten zu lassen, und das Recht der Absicht ist, wenn auch vorhanden, doch jedenfalls beschränkt. Der Widerspruch, der hierin liegt, daß Absicht und Handlung verschieden seyn können und die Beurtheilung, welche von beiden und in wie weit zu gelten habe, ist eine der Antinomien,

von denen das Recht voll ist. Das Recht ist praktisch nie etwas anderes, als Auflößung von Widerstreitendem. Der moralische Wille des Richters wäre also von dem, was man überhaupt so nennt, bestimmt zu unterscheiden, und vielleicht ist die Verbindung dieses objektiven *Willens* mit der *Einsicht* das Charakteristische.

Wer schon einen so gebildeten Geist besitzt, daß es ihm wenig Mühe macht, Resultate seiner Erfahrung als abstrakte Gedanken zu verknüpfen und zu vergleichen, der wird durch unwillkührliches Aufmerken auf sich selbst und auf Andere längst die Einsicht gewonnen haben, daß der Mensch die Möglichkeit in sich trägt, nicht nur den Inhalt seines Denkens und Wollens zu wechseln, und damit von irgend einem bestimmten Gegenstande zu abstrahiren, sondern auch vielleicht von allem Bestimmten, allem Inhalt und Zweck seines Wollens sich zu enthalten, denn es ist doch wenigstens denkbar, daß ein Mensch auch gar nichts wollen könnte. Wer aber auf diese Art gleichgültig wäre gegen alle Bestimmtheit, der hätte damit zwar noch die bloße, aber doch jedenfalls die wirkliche Möglichkeit, sich zu irgend etwas zu bestimmen. Wenn nun Ich weiß, daß es meine *Selbstbestimmung* ist, welche sich bestimmt und *beschränkt*, so ist dies ein ideeller Standpunkt, und man nennt ihn die *Freiheit* des Willens. Wenn also auch der noch unbestimmte Wille etwas einseitiges und hohles ist (der in irgend einer Bestimmtheit stehende Wille ist ohnehin einseitig), so liegt doch gerade in dieser Möglichkeit der Unbestimmtheit, die alle Schranke und Negation und Endliches und Bestimmtseyn zu verflüchtigen und zu überwinden die angestammte Kraft hat, die unendliche Freiheit des Willens. Daß der Mensch von Allem abstrahiren kann, daß er aber auch Bestimmtes festhalten kann, in diesem *Können* liegt alles Leben und Thätigkeit des Willens und Geistes. Merkwürdig ist es mir deßhalb immer, daß ich nur darum noch lebe, weil ich *will*, denn ich hätte mich ja längst umbringen können, wenn ich ernstlich gewollt hätte, während meiner Hausfrau melancholischer Mops seinen Trübsinn nicht bis zu diesem Punkte zu steigern die Kraft hat. Ich könnte wollen, wenn ich möchte, aber ich will nicht wollen, weil ich einsehe, daß ein vernünftiger Geist so etwas nicht wollen soll.

Vielleicht scheint nicht viel dran gelegen, daß man sich den freien Willen als etwas so gar Wichtiges und Unentbehrliches vorstellt, denn die Erfahrung lehrt ja, daß viele Menschen, wenn man ihnen den freien Willen läßt, etwas Verkehrtes oder auch wohl gar Nichts thun. *Nichts* wollen heißt aber: *nichts Bestimmtes* wollen, und ist dennoch *Wollen* überhaupt; dieser *absolute* Wille hat also seine Selbstständigkeit und *Freiheit* im absolut *Unbestimmten*. Wenn ich sage: ich *will*, dann will ich immer irgend etwas *Bestimmtes*; und *Nichts* wollen ist gar nicht *Wollen*, oder das Ich ist dann eben so leer und inhaltlos, als das Wollen. Der absolute freie Wille wäre demnach inhaltlos, unbestimmt, und *wüßte* durchaus noch gar nicht, *was* er will. Wo das *bestimmte Denken* fehlt, ist der Wille also allerdings etwas völlig Hohles und dem Zufalle Offenes, aber gerade diese Möglichkeit, auch gar *Nichts* wollen zu können, dies ist eben der *Anfang* der Freiheit und gerade darin liegt auch ihr innerstes *Seyn*. Darum ist dann auch die Möglichkeit vorhanden, daß jeder zufällige besondere Wille (dies hieße: mit einem partikularen Inhalte) die Absolutheit des Willens und des Ichs festhalten und unter den schlechtesten und kleinlichsten Voraussetzungen allgemeine Gerechtigkeit und Weisheit als Ziel nicht bloß heucheln, sondern wirklich sich vorstellen kann. Die bestimmte Angabe des besondern *Inhalts* wird also bei allen Theorieen über Recht und Staat so wichtig seyn, als bei der einzelnen Handlung der bestimmte Willensakt; denn *überhaupt* das Gute und Rechte zu wollen ist zwar der *Anfang* der Tugend, schließt jedoch in besonderen Fällen die zufälligste *Willkühr* nicht aus; und dies aufgefaßt zu haben, wäre die erste und vielleicht wichtigste Einsicht in Wille und Recht.

Die große Manigfaltigkeit, welche die möglichen Formen des Geistes, und damit auch des Willens, zulassen, schließen demnach Inhalt und Ordnung nicht aus, und wenn wir in der Natur auch das Zufälligste abhängig, und mithin zusammenhängend und nothwendig finden, so wollen wir im Geiste dasselbe wenigstens für möglich gelten lassen und die Abhängigkeit schon der Willkühr von der Nothwendigkeit finden wir dann vielleicht so natürlich, als das Anschließen des *vernünftigen* Willens an *allgemeine* Gesetzmäßigkeit. Wir wollen, ohne in gesondertes und geordnetes Detail einzugehen, nur aus dem Nächstliegenden für unsere Einsicht Nutzen ziehen, und das Theoretische und Praktische, was der Jurist täglich entgegensetzt, und worüber wir später vielleicht noch ein besonderes Wort uns erlauben, als Hauptabtheilung gelten lassen. Der *theoretische* und *praktische* Geist (die *Intelligenz* und der *Wille*) ist *derselbe* Geist, und die Abtheilung und Trennung etwa der Rechtslehre oder der Pflichtenlehre, in diese beiden Momente hat so wenig den Sinn, daß sie nur Eins von beiden bezwecke, als sich eine Religion denken läßt, die nur das Handeln bedingt, ohne dabei irgend etwas zu lehren. Wenn man also geistige Verhältnisse, hier den Willen in seinen möglichen Formen, sich, nach einem zufälligen oder im Geiste gegründeten Maßstab, getheilt und *gesondert* denkt, so muß man doch die *Einheit* und den Zusammenhang dabei nicht außer Acht lassen. Nur *Theile*, die zusammen gehören, lassen eine vernünftige Sonderung zu, und bilden ein geordnetes *Ganze*; wie sich bei dem Verhältniß des Ganzen und der Theilen, wenn wir es abgesondert zu betrachten Gelegenheit finden sollten, umständlicher zeigen dürfte. (Fortsetzung dieser rechtsphilosophischen Aufsätze folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim.
Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 44. Karlsruhe den 3. November 1838.

I.

Bemerkungen über die Bestrafung der Rückfälle in den dritten Diebstahl unter Bezug auf die darüber ergangenen Abhandlungen in Nr. 22 dieses Jahrgangs der Annalen.

Es ist bekanntlich in neuester Zeit die Bestrafung der Rückfälle in den dritten Diebstahl streitig geworden, und zwischen beiden streitenden Meinungen ist nun eine dritte als Vermittlerin aufgetreten, welche glaubt, daß man durch eine einzige Modifikation der bisherigen Praxis mit dem Wortlaut des §. 93 der Erläuterungen in Einklang bringen und also als richtige Gesetzesauslegung darstellen könne.

Diese dritte Meinung ist in dem von den Annalen bereits mitgetheilten Justizministerialerlasse vom 14. September 1838 Nr. 3720 ausgeführt.

Wenn ich diese dritte Meinung recht verstehe, so geht sie dahin, daß in dem Fall, wo die aus der Markenberechnung entstehenden Zusätze zu der zweijährigen Zuchthausstrafe so hoch ansteigen, daß sie zwei Jahre oder vier Jahre Zuchthaus betragen, alsdann die Verdopplung oder Verdreifachung der zweijährigen Zuchthausstrafe wegfällt, und nichts zu erkennen seie, als die einfache zweijährige Zuchthausstrafe mit den weitern aus der Markenberechnung entspringenden Strafzusätzen.

Mit dieser Ansicht wird man aber abgesehen von ihrer sonstigen Unrichtigkeit bei Bestrafung der Rückfälle in den dritten Diebstahl nicht ausreichen, denn es bietet sich alsbald die Frage dar, was man denn mit der zwar die zwei Marken des §. 77 des Strafedikts übersteigenden jedoch nicht zwei oder vier Jahre Zuchthaus erreichenden und darstellenden Markenberechnung machen soll. Nehmen wir einen Fall des wiederholten dritten Diebstahls an, wo der Werth aller vier Diebstähle nur 26 halbe Mark erreicht. Zieht man von ihnen die zwei Marken des §. 77 des Strafedikts ab, so bleiben 22 halbe Mark, und diese stellen keinen Strafzusatz von zwei Jahren Zuchthaus dar. Was soll nun hier geschehen? Sollen die aus der Markenberechnung entspringenden 22 Monate an der zu verdoppelnden zweijährigen Zuchthausstrafe in Aufrechnung kommen, und sollen also vorerst die zwei Jahre Zuchthaus, alsdann die 22 Monate aus der Markenberechnung, und endlich die weitern noch zur Komplettirung der Verdopplung der einfachen zweijährigen Zuchthausstrafe fehlenden drei Monate zugeschlagen werden, damit diese Verdopplung herauskommt? Alsdann müßte man die aus der Markenberechnung entstehenden Strafzusätze, so lange solche zwei Jahre oder vier Jahre nicht übersteigen, als in der Verdopplung oder Verdreifachung der zweijährigen Zuchthausstrafe enthalten und aufgehend ansehen, und daraus würde folgen, daß die Markenberechnung so lange wegfällt, als sie nicht zwei oder vier Jahre übersteigt. Davon steht aber nichts im Gesetz, und davon wäre die nächste schlimme Folge die, daß der überhaupt nicht 48 fl. stehlende vierte Dieb, da bei ihm keine Markenberechnung eintritt, alsbald mit der Verdopplung der zweijährigen Zuchthausstrafe belegt, und also mit dem 26 halbe Marken stehlenden Dieb gleich bestraft wird. Das kann doch nicht geschehen! *)

*) Hatte z. B. der erste Diebstahl 12 kr., der zweite 12 kr. und der dritte wieder 12 kr. betragen, so wäre der vierte Diebstahl ohne Unterschied, ob er wieder nur 12 kr. oder ob er 333 fl. 24 kr. betrüge, nach der im Justizministerialerlasse vom 14. September 1838 enthaltenen Ausführung ganz gleich hoch, nämlich mit vier Jahr Zuchthaus zu bestrafen.

Betrüge nämlich der vierte Diebstahl nur 12 kr., folglich die Summe aller Diebstähle nur 48 kr., so wäre gleichwohl auf die Verdopplung der einfachen Strafe des dritten Diebstahls, daß ist auf vier Jahr Zuchthaus, zu erkennen.

Betrüge aber der vierte Diebstahl 333 fl. 24 kr., folglich die Summe aller Diebstähle 336 fl. oder 28 halbe Marken, so betrüge die Strafe des vierten Diebstahls schon nach der Markenberechnung vier Jahre Zuchthaus und es käme daher nach der erwähnten Ausführung die Verdopplung nicht mehr zur Anwendung. Darnach wäre der vierte Diebstahl ganz gleich zu bestrafen, ob er 333 fl. 24 kr. oder ob er nur 12 kr. betrüge, und dieses Resultat wäre mit dem Geiste unseres,

Soll aber in dem Fall, wo die eintretende Markenberechnung die Verdopplung oder Verdreifachung der zweijährigen Zuchthausstrafe nicht erreicht, diese Verdopplung mit dem Zusatz aus der Markenberechnung eintreten? Alsdann müßte bei einem Gesammtwerth der vier Diebstähle von 26 halben Marken nach Abzug der zwei Marken des §. 77 des Strafedikts die Verdopplung der zweijährigen Zuchthausstrafe mit weitern 22 Monaten Zuchthaus erkannt, und also eine Strafe von fünf Jahren 10 Monaten Zuchthaus ausgesprochen werden, wornach der mit 22 Marken in die Markenberechnung tretende vierte Dieb mit 10 Monaten Zuchthaus mehr bestraft würde, als der mit 36 halben Marken in die Rechnung Tretende, der nach dem eigenen Beispiel der neuen Meinung nur mit fünf Jahren Zuchthaus bestraft wird? Das ist doch wohl rechtlich unmöglich, daß der weniger entwendende vierte Dieb härter bestraft wird als der mehr entwendende vierte Dieb! *)

In den Fehler, welchen die vermittelnde neue Meinung der des Oberhofgerichts vorwirft, daß sie einen spätern Diebstahl nicht härter bestrafe als den vorausgegangenen, fällt sie aber selbst. Nehmen wir an, daß bei dem dritten Diebstahl die Summe aller Diebstähle 40 halbe Marken betragen hat, so trat damals die Markenberechnung nach Abzug von zwei Marken mit 36 halben Marken ein, und es mußte eine Strafe von zusammen fünf Jahren Zuchthaus ausgesprochen werden. Wenn nun der Bestrafte wieder stiehlt, jedoch nur einen Werth von 5 fl. entwendet, der die Markenberechnung nicht steigert, so tritt er bei dem wiederholten dritten Diebstahl abermals mit einer Markenberechnung von 36 halben Marken in Rechnung, und wird nach dem eigenen Beispiel der neuen Meinung mit fünf Jahren Zuchthaus, also gerade mit derselben Strafe belegt, welche er für den dritten Diebstahl erhalten hat. **)

Unter diesen Umständen wird wohl keine der streitenden Meinungen die Vermittlung dieser neuen dritten Meinung annehmen wollen, und ich wenigstens, die Ansicht des Oberhofgerichts vollkommen theilend, will es versuchen, noch einige weitere Gründe zur Bestätigung der ganz richtigen Ansicht des Oberhofgerichts mitzutheilen, obschon vielleicht in dem Mißglücken der dritten Meinung genugsame Bestätigung dieser Ansicht liegt.

Wenn man die Frage über die Bestrafung der Rückfälle in den dritten Diebstahl, wie man auch vor allem muß, den Bestimmungen des Strafedikts selbst unterstellt, so darf man dabei gewiß von den zwei Voraussetzungen ausgehen, daß es dem Gesetzgeber so gut wie bei den Verbrechen überhaupt so auch bei der Bestrafung des Rückfalls in den Diebstahl zustand, dafür ein Maximum der Strafe zu bestellen, und daß er bei Einführung der Bestrafung des dritten Diebstahls wohl auch an den Fall gedacht haben kann, daß ein schon wegen dritten Diebstahls Bestrafter abermals einen dritten Diebstahl begeht.

Davon ausgegangen nun, daß der Gesetzgeber im §. 77 des Strafedikts nicht über den dritten Diebstahlsfall hinausgeht, und bemerkend, daß er auch im §. 79 bei Bestrafung der Rückfälle des Gauners in den Diebstahl nicht über den dritten Fall hinauszählt, wäre man unter den beiden obigen Voraussetzungen wohl berechtigt, die im §. 77 vorgeschriebene zweijährige Zuchthausstrafe in ihrer Verbindung mit der dorten eingeführten Markenberechnung als das Maximum der Diebstahlsrückfallsstrafen überhaupt anzusehen.

So wie man aber dieses annimmt, so folgt aus dem §. 93 der Erläuterungen im mindesten nichts Anderes, denn da er sich selbst eine Anwendbarkeit nur in den Fällen zuschreibt, wo nicht im Strafedikt bei einzelnen Verbrechen der Wiederbegehung besonders eine Strafe vorgemessen ist, so folgt daraus nothwendigerweise, daß, in so fern der §. 77 des Strafedikts schon Bestimmungen über die Wiederbegehung des Diebstahls enthält, der §. 93 der Erläuterungen daran so wenig etwas abändern will, als er z. B. die Bestimmung des §. 91 d hinsichtlich der Bestrafung der wiederholten Wilderei abändert.

Dieses bestätigt sich auch hauptsächlich dadurch, daß der §. 93 der Erläuterungen gerade die Grundsätze und Vorschriften des §. 77 des Strafedikts anerkennt, anwendet, und überhaupt auf die Bestrafung der Rückfälle da ausdehnt, wo das Strafedikt nichts anderes vorschreibt.

Wenn man nämlich aus den §§ 77 und 79 des Strafedikts entnimmt, daß der Gesetzgeber dorten schon in der Regel die Strafe des dritten Falls als das Maximum der Rückfallsstrafe ansieht (und nur die Unzucht macht

---

die Diebstahlsstrafe überall nach den Marken beeechnenden, Strafedikts sicher weit unvereinbaelicher, als das der oberhofgerichtlichen Ansicht vorgeworfene Resultat, daß ein geringee vierter Diebstahl, der die Summe aller Diebstähle nicht einmal auf eine weiteee halbe Mark erhöht, nur gleich dem dritten Diebstahl bestraft werden soll. D. R.

*) Dies wäee allerdings ungereimt, aber dies ist auch die Ansicht des Justizministeriums nicht. Nach dem gedachten Justizministerialertasse vom 14. September 1838 wäre ein viertee Diebstahl, wenn die Summe aller Diebstähle 26 halbe Marken betrüge, mit der Verdopplung der einfachen Steafe des dritten Diebstahls, folglich mit vier Jahren Zuchthaus zu bestrafen, und die Marken blieben, da sie für sich allein nicht schon ebenfalls eine Strafe von vier Jahren Zuchthaus zur Folge hätten, ganz außer Anschlag. D. R.

**) Sehr teeffend! — Damit ist der ganze und einzige Vorwurf, welcher der Ansicht des Oberhofgerichts gemacht wird, zurückgegeben. D. R.

davon im Strafedikt §. 62 g eine den vierten Fall als Maximum einführende Ausnahme), so ersieht man alsbald, daß der Gesetzgeber im §. 93 der Erläuterungen bei den mit festbestimmten Strafen bedrohten Verbrechen gleichfalls den dritten Fall als das Maximum der Rückfallsstrafen einführt, wodurch die Regel des §. 77 des Strafedikts also bekräftigt wird.

Streng genommen war aber im §. 77 nur das enthalten, daß nicht über den dritten Diebstahlsfall hinausgezählt werden soll, nicht aber, daß die Strafe des dritten Diebstahls als solche ein festes Maximum seyn soll, denn sie konnte und mußte ja durch die dorten miteingeführte Markenberechnung wachsen, und wenn nun der §. 93 der Erläut. gerade dieses gleichfalls bei den durch die Größe des Schadens wachsenden Strafen als das Maß der Strafe der Wiederholung vorschreibt, so ersieht man es doch wahrlich deutlich, wie dem Gesetzgeber bei dem §. 93 der Erläuterungen der §. 77 des Strafedikts hauptsächlich vorschwebte, und wie er den darin enthaltenen Grundsatz, nicht über den dritten Fall hinauszuzählen, bei den mit festbestimmten Strafen bedrohten Verbrechen als allgemeine Regel aufgestellt, dagegen ein ferneres Wachsen der Rückfallsstrafen nur in die fortgesetzte Markenberechnung gelegt hat, welche er gleichfalls und allein im §. 77 einführte.

Wenn aber eine Erläuterung eines Gesetzes einen im Gesetz selbst schon für ein gewisses Verbrechen aufgestellten Grundsatz wiederholt und auf andere Fälle anwendet, so liegt darin offenbar zugleich die wiederholte Bestätigung des frühern Grundsatzes für das früher demselben schon unterstellte Verbrechen, so daß man aus dieser Zusammenstellung der §§. 77, 79 des Strafedikts und des §. 93 der Erläuterungen nur die Meinung des Oberhofgerichts als die richtige annehmen muß, daß bei fernern Rückfällen des Diebstahls ein Wachsen der Strafe des dritten Falls nur in der Markenberechnung liegt.

Dagegen wird man sich freilich auf den §. 78 der Erläuterungen des Strafedikts berufen und hiernach behaupten, daß der dritte Diebstahl eine eigene Gattung von Verbrechen bilde, welches als solches erstmals erscheine, demnach erst von sich an wieder eine Wiederholung begründe, und sonach unter dem §. 93 der Erläuterungen stehe, weil das Strafedikt nirgends eine Vorschrift darüber ertheile, wie die Wiederbegehung des eigenthümlichen Vergehens des dritten Diebstahls zu bestrafen sei.

Allein! Mag man von der Rechtskraft der Erläuterungen eine Meinung haben, welche man will, so wird man es doch bezweifeln dürfen, daß sie so nebenbei ein besonderes Verbrechen, eine eigene Verbrechensgattung aufstellen können, und wenn man bedenkt, daß im Strafedikt der dritte Diebstahl nirgends als eine eigene und besondere Gattung von Verbrechen erscheint, so wird man es bestreiten müssen, daß der dritte Diebstahl eine besondere Art von Verbrechen bildet, welche als solche erstmals erscheint, und als erster Fall wieder eine besondere Zählung seiner Rückfälle begründet. Die Erläuterungen selbst führen ihn auch im §. 98 nirgends als eine besondere Verbrechensform an, und wenn man nicht übersieht, daß er in seiner Markenberechnung keineswegs von seinem eigenen Werth zu zählen anfängt, was er doch offenbar thun müßte, wenn er ein eigenes besonderes Verbrechen wäre, sondern daß er für sich und in seinen Rückfällen die Werthe aller frühern Diebstähle aufnimmt und mitzählt, so wird man annehmen müssen, daß er und sein Rückfall eine fortlaufende Reihe von Wiederbegehungen eines und ebendesselben Vergehens des Diebstahls ist.

Man kann zwar den dritten Diebstahl als eine besondere Art des ganzen Geschlechts der Diebstähle ansehen, gleichwie man von großen und kleinen, von gefährlichen und qualificirten Diebstählen spricht. Allein diese Arten des Diebstahls sind in ihrer mehrfachen Begehung immer nur als die Wiederholung eines und ebendesselben Verbrechens zu betrachten, und so wenig man bei den Wiederholungen der Diebstähle immer nur die kleinen, oder die großen oder die gefährlichen je für sich ansetzen und zählen kann, eben so wenig kann man den dritten Diebstahl für sich als den ersten Fall eines Verbrechens betrachten, und von ihm anfangen, seine Rückfälle zu zählen. Der dritte Diebstahl ist ja gerade als solcher die dritte Begehung eines und desselben Verbrechens des Diebstahls, und wie er nun eine eigene, eine besondere Wiederholung begründende Art eines Verbrechens seyn kann, ist deßhalb nicht einzusehen, weil er alsdann auch kein dritter Fall eines Verbrechens seyn könnte, sondern überhaupt der erste seyn müßte.

Unter diesen Voraussetzungen wird man allerdings berechtigt seyn, die nicht nur dem Strafedikt selbst, sondern überhaupt allen Grundsätzen der Logik widersprechenden §. 78 der Erläuterungen in seiner Einführung des dritten Diebstahls als einer eigenthümlichen Gattung von Verbrechen mit eigenen Rückfällen nicht zu beachten, und es also bei der oben aufgestellten Folgerung aus den §§. 77 und 79 des Strafedikts und des §. 93 der Erläuterungen zu belassen haben, daß über den dritten Diebstahlsfall nicht hinausgezählt, und daß ein Wachsen seiner Strafe nur in der Markenberechnung gefunden wird.

Aber auch angenommen, es seie der dritte Diebstahl ein eigenthümliches Verbrechen, welches wiederum eigenthümliche Rückfälle begründet, so kommt man doch nicht zum Ergebniß, daß bei seinen Rückfällen nunmehr die zweijährige Zuchthausstrafe des §. 77 verdoppelt und verdreifacht werden muß, sondern man kommt abermals wieder zu dem Resultat, daß seine Rückfälle nur in der fortgesetzten Markenberechnung das Maß ihrer Strafe finden.

So wie man nämlich den dritten Diebstahl als eine besondere eigenthümliche Rückfälle begründende Gattung von Verbrechen ansieht, so muß man auch unbedingt annehmen, daß alsdann der §. 93 der Erläuterungen die Strafe seiner Rückfälle bestimmt.

Untersucht man nun den Inhalt des §. 93, so findet man darin alsbald zweierlei Vorschriften über die Bestrafung der Rückfälle, welche keineswegs, wie in Nr. 22 II. der Annalen gesagt wird, zu einander im Verhältniß einer Regel und ihrer Ausnahme stehen, sondern welche, auf einer nach den Strafen verschiedenen Eintheilung der Verbrechen mit ihren Rückfällen beruhend, für diese verschiedenen Verbrechensrückfälle die selbstständigen, als verschiedene Regel sich gegenüberstehenden, Bestimmungen der Bestrafung dieser Rückfälle ertheilen, was der §. 78 der Erläuterungen selbst anerkennt, indem er von den im §. 93 vorgeschriebenen Regeln der Strafe der Rückfälle spricht.

Die erste Regel des §. 93 über die Bestrafung der Rückfälle ist nun die, daß im ersten oder zweiten Wiederholungsfall die festbestimmte Strafe des Verbrechens verdoppelt oder verdreifacht werden soll, welche der nämliche Fall würde verdient haben, wenn er der erste gewesen wäre. Da aber diese Regel auf der Verdopplung der festbestimmten Strafe eines Verbrechens beruht, es jedoch im Strafedikt auch Verbrechen gibt, welche nicht mit festbestimmten Strafen bedroht sind, so mußte begreiflicherweise der Gesetzgeber der Vollständigkeit wegen auch für die Rückfälle dieser Verbrechen die Strafe bestimmen, und deßhalb stellt er am Schluß des §. 93 die zweite Regel auf, daß in Bezug auf die nach Größe des Schadens wachsenden Strafen von Verbrechen in der fortgesetzten Berechnung des Schadens von selbst das Maß der Wiederholung liege.

Hiermit stellt aber der Gesetzgeber die Verdopplung und Verdreifachung der ersten festbestimmten Strafe, und die aus der fortgesetzten Schadensberechnung fortwachsende Strafe einander als das verschiedene Maß der Strafe der Wiederholung entgegen, so daß es sich bei der Bestrafung des Rückfalls in den dritten Diebstahl, welchen man hier nach §. 78 der Erläuterungen als den ersten Fall des wiederholten Verbrechens zu betrachten hat, nur frägt, ob die ihm durch den §. 77 des Strafedikts angedrohte Strafe eine festbestimmte Strafe, oder eine durch die Größe des fortgerechneten Schadens wachsende Strafe ist.

Daß aber die Strafe des dritten Diebstahls keine festbestimmte, sondern eine nach Größe des Schadens wachsende Strafe ist, und daß demnach die Rückfälle des dritten Diebstahls das Maß der Strafe in dem Schlußsatz, und nur in dem Schlußsatz des §. 93 finden, läßt sich billigermaßen nicht bezweifeln.

Es ist zwar richtig, daß der §. 77 von einer zweijährigen Zuchthausstrafe des dritten Diebstahls spricht. Allein diese zwei Jahre sind selbst da, wo sie eintreten, wo nämlich die Diebstähle nicht die Summe von 48 fl. übersteigen, keine festbestimmte Strafe, weil sie das Gesetz hier selbst als ein wenigstens, als ein Minimum einführt, und weil da, wo das Gesetz von einem Minimum einer Strafe spricht, nicht von einer festbestimmten Strafe gesprochen wird. Es kann aber hier von einer festbestimmten Strafe des dritten Diebstahls um so weniger eine Rede seyn, als ja der §. 77 selbst gerade in seiner Markenberechnung die Vorschrift der Steigerung des Wachsens der als Minimum eingeführten zwei Jahre Zuchthaus zugleich und mit dieser Strafe ertheilt und verbindet, so daß diese zwei Jahre Zuchthaus nicht die Strafe des dritten Diebstahls, sondern nur den Ausgangspunkt bilden, von dem aus die Strafe des dritten Diebstahls wächst und steigt, und sich zur ganzen Strafe des Verbrechens formt. Daß diese Strafe von zwei Jahren Zuchthaus nicht die Strafe des dritten Diebstahls, sondern nur ein Theil derselben ist, und daß sie erst mit den Monaten der Markenberechnung zur ganzen Strafe des Verbrechens zusammenwächst, geht aber aus dem §. 77 selbst unzweifelhaft dadurch hervor, daß er die Monate der Markenberechnung keineswegs der zweijährigen Zuchthausstrafe, sondern dieser zweijährigen Strafzeit zuwachsen läßt, und daß er also durch diese Benennung der zwei Jahre als Strafzeit sie als Straftheil betrachtet, der erst mit dem andern Straftheil der Monate der Markenberechnung die ganze Strafe des ganzen Verbrechens darstellt.

Auch dem zweiten großen Diebstahl wird im §. 76 bei einem Werth von drei Marken eine Strafe von sechs Monaten Zuchthaus zugemessen. Die §§. 74, 75 haben gleichfalls für gewisse Werthe der dortigen Diebstähle bestimmte Strafzeiten des Zuchthauses, und doch wird kein Mensch behaupten wollen, daß also diese Diebstähle mit festbestimmten Strafen bedroht sind.

Eben weil überhaupt die durch Größe des Schadens wachsenden Diebstahlsstrafen nicht in Theile zerlegt werden können, welche in sich getrennt und verschieden vom Gesetz bestimmt sind, eben deßhalb ist auch der Versuch bei dem dritten Diebstahl die beiden Straftheile zu trennen, und die zwei Jahre Zuchthaus der ersten Regel des §. 93 der Verdopplung oder Verdreifachung, die Zusatzmonate aus der Markenberechnung aber der zweiten Regel des §. 93 der fortgesetzten Zusammenrechnung aller Schadenssummen zu unterstellen um so verwerflicher, als bei der unverkennbaren Entgegensetzung dieser beiden Maßstäbe der Strafen des Rückfalls dadurch der Rückfall in den dritten Diebstahl doppelt gestraft würde, was nicht seyn darf.

Gerade in dem §. 77 der Erläuterungen hat auch der Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt, daß die Markenberechnung der Maßstab der Strafe des dritten Diebstahls ist, und wenn er nun wieder im §. 93 diese Markenrechnung als das Maß der Strafe der Wiederholung nennt, was sich von selbst versteht, so ist wahrlich nicht einzusehen, mit welchem Recht man diesen einen Maßstab der Bestrafung des dritten Diebstahls, dieses Maß der Strafe seiner Widerholung auseinanderreissen, und zwei Maßstäbe der Wiederholungsstrafen des dritten Diebstahls einführen will, von denen weder das Strafedikt noch die §§. 77, 93 der Erläuterungen etwas wissen, oder auch nur zu vermuthen geben.

Daß der Gesetzgeber die Strafe des dritten Diebstahls mit ihren Zusätzen aus der Markenberechnung als eine untrennbare und als eine durch die Größe des Schadens wachsende ansieht, folgt auch aus dem §. 79 der Erläuterungen, denn wenn der Gesetzgeber dorten von dem Fall spricht, wo die Gaunereistrafe durch die Diebstahlsgröße eine wachsende wird, so muß er noch viel mehr die gemeine dritte Diebstahlsstrafe als eine wachsende Strafe ansehen, weil sie wie die Gaunereistrafe in ihren zwei, vier und sechs Jahren auch einen Ausgangspunkt des Wachsens der Strafe von zwei Jahren Zuchthaus hat, während ihr doch bei dem gemeinen Diebstahl die Momente fehlen, welche den Diebstahl des Gauners zu einem besondern Grad und einer eigenen Art des Verbrechens erheben.

Ueberdies läßt sich aber nachweisen, daß der §. 93 der Erläuterungen in seinem Schlußsatz hauptsächlich die Wiederholungen des Diebstahls im Auge hat und von ihnen spricht.

Der §. 93 handelt einmal von den durch die Größe des Schadens wachsenden Strafen, und durchgeht man nun das Strafedikt, so findet man gerade in den §§. 73 — 79 die Strafen des Diebstahls in allen seinen Arten und Formen als solche bezeichnet, wo die Strafe des Verbrechens durch die Größe des Schadens wächst, so daß also der §. 93 gewiß sich auf den Diebstahl bezieht. Betrachtet man aber den §. 93 etwas näher, so findet man alsbald, daß in ihm nicht sowohl von einem Wachsen der Strafe durch die Größe des Schadens der einzelnen zur Bestrafung vorliegenden That des Verbrechens die Rede ist, sondern daß vielmehr von einer durch die fortgesetzte Berechnung der frühern Summen des Schadens wachsenden Strafe gesprochen wird. Als Erläuterung des Strafedikts bezieht sich jedoch der §. 93 auf das Strafedikt zurück, und durchgeht man nun solches von Anfang bis zu Ende, so findet man darin nirgends einen Fall, wo eine Strafe durch Zusammenrechnung der frühern Summen des angerichteten Schadens wächst, als gerade den des dritten Diebstahls. Bei ihm allein werden im Strafedikt die Summen des frühern Schadens, d. h. der Betrag des ersten und des zweiten Diebstahls zu dem Betrag des jetzt zu bestrafenden Diebstahls hinzugerechnet, und wenn nun der §. 93 diese allein bei dem dritten Diebstahl vorkommende Zusammenrechnung aller Schadenssummen als das sich von selbst verstehende Maß der Strafe der Wiederholung benennt und dem andern Maß durch Verdopplung oder Verdreifachung der ersten festbestimmten Strafe entgegensetzt, so sollte man doch meinen, daß der Gesetzgeber die Zusammenrechnung des gesammten Schadens in Verbindung mit der zu erkennenden zweijährigen Zuchthausstrafe deutlich genug als das einzige Maß der Wiederholungsstrafe auch jenes Verbrechens des dritten Diebstahls vorgeschrieben hat, von dem er allein diese Zusammenrechnung entlehnte. Wenn man dabei nicht übersieht, daß der Gesetzgeber im §. 77 des Strafedikts nur für den dritten Diebstahl als solchen und erstmals die Zusammenrechnung der Summen aller drei Diebstähle vorgeschrieben hatte, so konnte man in diesem Stand der Sache behaupten, daß für den fernern Diebstahl eine Strafbestimmung mangelte, indem man nicht vorgeschrieben hatte, was für ihn zu geschehen, und insbesondere, ob man seine Schadenssumme als vierte ebenfalls den vorausgehenden drei Schadenssummen beizurechnen habe. Dieser Mangel einer Strafbestimmung wird nun in dem §. 93 damit gerade aufgehoben, daß er die fortgesetzte Zusammenrechnung aller Diebstahlssummen ohne Beschränkung vorschreibt, und in so fern man daher den §. 93 als eine Erläuterung über die Bestrafung der Rückfälle überhaupt anzunehmen hat, so findet man in Bezug auf die Bestrafung der Rückfälle in den dritten Diebstahl darin die Erläuterung und in sich neue Bestimmung, daß sie dafür die Strafe des dritten Diebstahls aufrecht erhält, und ihre Anwendung für die fernern Diebstähle nur noch dadurch mehr verdeutlicht, daß die Zusammenrechnung der Diebstahlssummen auch bei den fernern vierten und fünften Diebstählen fortgesetzt, und das Maß der Wiederholungsstrafe werden soll. Erwiesen ist, daß die Zusammenrechnung aller frühern Diebstahlssummen erstmahls bei dem dritten Diebstahl vorkommt. Und wo kann denn nun diese Zusammenrechnung fortgesetzt werden, wo kann sie wieder ihre Anwendung finden? Nirgends anders als bei dem wiederholten dritten Diebstahl, so daß also diese fortgesetzte Berechnung gerade für den wiederholten Diebstahl das einzige Maß seiner Strafe ist.

Man hat dieses auch sehr wohl gefühlt, man hat es selbst für nöthig gefunden, dem Schlußsatz des §. 93 irgend eine Anwendung zu ertheilen, nachdem man ihn nicht auf die

Bestrafung der Rückfälle in den dritten Diebstahl beziehen wollte, und man hat ihn deßhalb auf die Bestrafung von Betrügereien und Unterschlagungen bezogen. Damit hat man aber gerade zugegeben, daß sich der §. 93 auf die Bestrafung der Rückfälle des Diebstahls bezieht, denn nach was werden denn Betrügereien und Unterschlagungen in ihrer Bestrafung gerichtet? Nach den Bestimmungen über Mord oder Nothzucht? Nein, sondern nach den Bestimmungen über den Diebstahl, und wenn man also die Betrügereien und Unterschlagungen nach dem §. 93 richten will, so kann man es nur in so fern, als er sich auf die Bestrafung der Rückfälle in den Diebstahl bezieht. Alsdann muß man ihn aber auch zuerst selbst auf diese Rückfälle anwenden.

In Annahme der seitherigen Praxis über die Bestrafung der Rückfälle in den dritten Diebstahl kommt man auch auf einen Widerspruch mit den Bestimmungen über die Bestrafung der Diebstähle der Gauner, den man dem Gesetzgeber nicht zutrauen darf.

Man wird nämlich zugeben, daß der Gesetzgeber die Diebstähle des Gauners härter bestrafen wollte, als die des gemeinen Diebs, und dann wird man auch zugeben, daß die Auslegung des Gesetzes, welche unter gleichen Umständen für den gemeinen Dieb eine gleiche oder gar eine härtere Strafe nach sich zieht, als für den Gauner, nicht die richtige seyn kann.

Betrachtet man nun den §. 79 des Strafedikts, so findet man, daß dorten bei Bestrafung der Diebstähle des Gauners von einer zweijährigen Zuchthausstrafe für den ersten Fall ausgegangen, daß sie im zweiten Fall verdoppelt, im dritten Fall aber verdreifacht wird. Es tritt sonach bei dem Gauner für seine ersten drei Diebstähle schon die Verdopplung und Verdreifachung jenes Ausgangspunkts der Strafe ein, welche man bei dem gemeinen Dieb erst im dritten Diebstahl vorfindet, und erst im vierten und fünften Fall verdoppeln und verdreifachen will. Ebendeßhalb kann man auch bei dem Gauner nicht von der dritten Strafe von sechs Jahren Zuchthaus wieder neu anfangen zu zählen, man kann diese Strafe nicht auf zwölf oder achtzehn Jahre verdreifachen, sondern man muß bei dem vierten Fall abermals sechs Jahre erkennen, und so fort, so daß also der gemeine fünfte Dieb ebenfalls eine Strafe von sechs Jahren Zuchthaus erhält, wie der zum fünftenmal stehlende Gauner. Ja man straft sogar den sechsten gemeinen Dieb, weil man nicht einmal an der Verdreifachung der Strafe anhält, mit 8 Jahren, und muß den einen sechsten Diebstahl begehenden Gauner nur mit sechs Jahren Zuchthaus, also mit zwei Jahren weniger strafen, was doch offenbar nicht seyn kann, und was eben beweist, daß der Gesetzgeber keineswegs bei den Rückfällen in den dritten Diebstahl eine Verdopplung und Verdreifachung der Strafe des dritten Diebstahls, sondern nur diese Strafe mit ihren wachsenden Zusätzen der Markenberechnung einführen wollte, welche bei dem Gauner gegenüber dem gemeinen Dieb deßhalb wieder größer sind, weil bei ihm eine Mark drei Monate ausmacht, während sie bei dem gemeinen Dieb nur drei Monate darstellen.

Wenn hiernach für die Meinung des Oberhofgerichts gewiß mehr spricht als für die seitherige Praxis, so läßt sich auch der Hauptsächliche und einzige Einwand, daß man damit einen spätern Diebstahl nicht härter bestrafe als den frühern, und daß man dadurch mit dem vom Gesetzgeber im §. 77 der Erläuterungen aufgestellten Grundsatz der immer härtern Bestrafung der spätern Diebstähle in Widerspruch gerathe, leicht aus dem Weg räumen.

Vorerst kommt die nicht höhere Bestrafung des Rückfalls in den dritten Diebstahl nur dann vor, wenn der zu bestrafende Rückfall so geringen Werths war, daß er überhaupt die Markenberechnung nicht aufruft oder nicht ändert, und wenn man nun bedenkt, daß man es hier mit einem Verbrechen zu thun hat, dessen Strafe nach der Größe des Schadens steigt, so sollte man doch meinen, daß man auf der andern Seite ebenfalls mit den Hauptgrundsätzen der Bestrafung des Diebstahls in Widerspruch gerathet, wenn man einen die Markenberechnung nicht ändernden Diebstahl harter bestraft als den frühern, und daß man eher den Hauptgrundsätzen der Bestrafung getreu bleibt, wenn man den keinen größern Schaden nach sich führenden spätern Diebstahl auch nicht härter bestraft als den frühern. Ueberdies ist der Grundsatz der immer härtern Bestrafung des Diebstahls und seiner Rückfälle ein in sich unrichtiger, was man auch von Seiten des Justizministeriums schon längst eingesehen hat, weil man ihm, so lange keine weitere Qualifikationen eintreten: ein Maximum von zehn Jahren vorschrieb, und weil auch der §. 93 nicht höher zählt als bis zum dritten beziehungsweise bei dem Diebstahl fünften Fall. So lange aber eine Gesetzgebung nicht den Grundsatz aufstellt, daß der Richter immer hart und immer härter strafen muß, eben so lange wird man es nicht als einen gegründeten Vorwurf ansehen können, daß mit der Meinung des Oberhofgerichts ein wiederholter dritter Diebstahl nur mit zwei Jahren Zuchthaus gestraft werde, nachdem der vorausgegangene schon mit zwei Jahren Zuchthaus gestraft worden ist, und nachdem die Summe aller vier Diebstähle noch nicht 48 fl. erreicht.

Man darf aber hier nicht übersehen, und es liegt darin ein Hauptbeweis der Richtigkeit der hier vertheidigten Meinung, daß der angebliche Grundsatz der innerlichen härtern Bestrafung der Diebstahlsrückfälle, worauf man sich so

viel zu gut thut, gar nicht für den hier vorliegenden Fall der Wiederholung der dritten Diebstähle vorgeschrieben ist.

Dieser Grundsatz wird nur aus dem §. 77 der Erläuterungen entnommen. Untersucht man nun seine Vorschrift, so findet man alsbald, daß dorten nur von der Bestrafung des dritten Diebstahls die Rede ist, und daß der Gesetzgeber nur zu dem Zweck von einer höhern Bestrafung der spätern Diebstähle spricht, um die Strafe des dritten Diebstahls zu rechtfertigen. Wegen des schon im dritten Diebstahl liegenden und erwiesenen unverbesserlichen Hangs zum Diebstahl führt der Gesetzgeber die zwei Jahre Zuchthaus und die Markenberechnung als das Maß der Strafe des dritten Diebstahls ein, um sicher eine höhere Bestrafung als die vorausgegangene zu erreichen. Nun geht aber dem dritten Diebstahl der zweite voraus, und der Grundsatz der höhern Bestrafung geht also nur darauf, daß der dritte Diebstahl sicher höher bestraft wird als der zweite, nicht aber daß der vierte höher bestraft wird als der dritte, und der fünfte höher als der vierte.

Da der Gesetzgeber schon im dritten Diebstahl die Unverbesserlichkeit des Diebs gefunden hat, so ist der vierte Dieb nicht noch mehr unverbesserlich geworden als der dritte, sondern er ist unverbesserlich und unverbessert geblieben, und weil die Strafe der Unverbesserlichkeit schon in der Verbindung der zweijährigen Zuchthausstrafe mit der Markenberechnung aller Diebstähle liegt, so wird der in der Unverbesserlichkeit beharrende Dieb eben abermals mit der für diese Unverbesserlichkeit bemessenen Strafe belegt. Es hat sich hinsichtlich dieses Hauptstrafbemessungsgrunds nichts geändert, also ändert sich auch die Strafe nicht. Nur der weitere Bemessungsgrund der Strafe die Größe des Schadens kann sich bei Rückfällen in den dritten Diebstahl ändern, und deßhalb ändert sich alsdann auch die Strafe des Rückfalls in den dritten Diebstahl durch die fortgesetzte Markenberechnung. Aendert sich aber wegen geringen Betrags des Diebstahls auch die Markenberechnung nicht, oder kommt sie gar nicht zur Anwendung, so hat sich bei dem Rückfall in den dritten Diebstahl gegenüber dem dritten nichts geändert, und dann verbleibt es bei dessen Strafe.

Daß dieses der Wille des Gesetzgebers war, beweist der unmittelbar folgende §. 78 der Erläuterungen, wo gerade von dem Fall der Wiederholung des dritten Diebstahls die Rede ist, und wenn man es als einen ersten und unumstößlichen Grundsatz der Strafgesetzgebung behaupten darf, daß jede Strafe und jedes Wachsen einer Strafe nach bestimmten Momenten auf einer gesetzlichen Vorschrift beruhen muß, so wird man zugeben müssen, daß das im §. 77 nur hinsichtlich des Wachsens der Strafe des dritten Diebstahls gegenüber dem zweiten Vorgeschriebenen nicht für das Wachsen der Strafe des dritten Diebstahls zum vierten oder fünften gilt, weil der Gesetzgeber gerade im §. 78, wo von diesem Fall die Rede ist, nichts vorschreibt als die Regel des §. 93, und weil dorten nicht vorgeschrieben ist, daß auch der vierte und fünfte Fall immer höher bestraft werden müsse, als der dritte und vierte. Im Gegentheil ist dadurch, daß der Gesetzgeber auch hier wieder im Allgemeinen nicht über den dritten Fall hinauszählt, vorgeschrieben, daß die Strafe des dritten Falls das Maximum sei, und wenn dabei für die nach Größe des Schadens wachsenden Strafe die andere Regel der fortgesetzten Berechnung des Schadens eingeführt ist, so beweist dieses nur, daß also die dritte Diebstahlsstrafe und alle fernern Rückfälle nur in dieser Markenberechnung ein Wachsthum finden können und dürfen. Am Gesetzgeber wäre es gewesen, entweder den Grundsatz der immer höhern Bestrafung des spätern Diebstahls ohne alle Festsetzung eines Maximums im §. 77 allgemein und nicht allein für den Fall des dritten Diebstahls einzuführen oder ihn im §. 78 zu wiederholen, und wenn er beides unterließ, so wird es dem nicht hart und immer härter sondern dem gerecht zu strafen habenden Richter nicht zustehen, eine Vorschrift des §. 77 auf den davon verschiedenen Fall des §. 78 herüberziehen, und zwar eine solche Vorschrift, welche in ihrem Inhalt des in das unendliche Wachsens der Strafen ohne Wachsen des Schadens fürwahr keinem Grundsatz gerechter Strafe entspricht.

Es bestätigt sich dieses durch eine weitere sehr zu berücksichtigende Betrachtung.

Wenn man nämlich die Strafbemessungen der ersten, zweiten und dritten Diebstähle untersucht, so findet man alsbald, daß der Gesetzgeber allerdings eine immer höhere Strafe des spätern Diebstahls damit erreichen will, daß er dem spätern Diebstahl im je gleichen Werth doch eine jeweils höhere Strafe rechnet, denn so wird bei dem ersten großen Diebstahl bei fünf Marken für jede weitere Mark ein Monat zugesetzt. Bei dem zweiten Diebstahl werden schon bei drei Marken für eine weitere Mark sechs Wochen, und bei dem dritten Diebstahl werden sogar bei zwei Marken für jede weitere Mark zwei Monate Zuchthaus angesetzt. Bei diesem dritten Diebstahl bleibt aber der Gesetzgeber abermals stehen. Er verändert für den vierten Diebstahl seine Markenberechnung nicht dahin, daß etwa schon bei einer Mark für eine weitere Mark zehn Wochen Zuchthaus angesetzt werden sollen, und eben weil er für den vierten und fünften Diebstahlsfall die gleiche und ebendieselbe Markenberechnung als wie bei dem dritten Diebstahlsfall aufrecht erhält, so beweist er abermals, daß er hinsichtlich der Strafbemessungsgründe und der Strafbemessungsmaßstäbe zwischen dem dritten und vierten Diebstahl keinen Unterschied macht, sondern daß er kein weiteres und anderes

Wachsthum der dritten Diebstahlsstrafe kennt, denn die im §. 93 vorgeschriebene **fortgesetzte** Markenberechnung.

Fürwahr in jeder Beziehung, in jeder Vergleichung beweist sich die Ansicht des Oberhofgerichts als die einzig richtige Auslegung des §. 93, und wenn man sich dagegen auf die seitherige Praxis berufen will, so kann diese um so weniger eine Geltung verlangen, als sie nicht eine **Lücke des Gesetzes** ausfüllt, sondern vielmehr bestehende Gesetzesvorschriften im §. 77 des Strafedikts und in den §§. 77, 78, 93 der Erläuterungen irrig auslegt. Und das wird doch keines Beweises bedürfen, daß zumal im Strafrecht eine irrige Gesetzesauslegung nicht selbst Gesetz werden kann.

Beklagenswerth ist es allerdings, daß man so lange eine Praxis befolgt, welche gegen das Gesetz so harte Strafen nach sich führte, und ich für meinen Theil vermag mich nur damit zu beruhigen, daß zumal bei dem Stand unseres unvollständigen und unklaren Strafrechts Irren menschlich, daß Irren verzeihlich ist. Aber mehr als beklagenswerth wäre es, wenn man jetzt, wo man den Irrthum erkennt, und wo ihn jeder Richter erkennen kann, der mit Sorgfalt und ohne vorgefaßte Meinung, sowie auch ohne Eigenliebe, weil er nicht zuerst darauf gekommen ist, die einschlagenden Stellen des Gesetzes vergleicht und erwägt, auf der seitherigen Praxis beharren, und einen verzeihlichen Irrthum mit einem unverzeihlichen Unrecht zudecken wollte.

Und gerade jetzt, wo wir ein zu gerechterer Bestrafung der Diebstähle zurückkehrendes Strafgesetz in Bälde zu erwarten haben, gerade jetzt ist es an der Zeit, die seitherige harte Praxis zu verlassen, indem es einer weisen Strafgerechtigkeitspflege mehr ansteht, da, wo es das Gesetz erlaubt, ausgleichende Uebergangspunkte von harter seitheriger Bestrafung zu neuern mildern Strafen zu gewinnen, als von einer unverhältnißmäßigen harten Bestrafung einen Sprung zu einer milden und gerechten Strafe zu thun, welcher eben in der unverhältnißmäßigen Verschiedenheit der alten und neuen Strafe klar beweist, daß entweder die alte Strafe jeder Gerechtigkeit entbehrte, oder daß die neue Strafe jedes Maß nothwendiger und ausreichender Bestrafung verkennt.

Sander.

II.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

4. Der Wille.

(Fortsetzung.)

So finden wir uns denn freilich erst recht im lebendigen Gedankenreiche, wenn wir uns immer vergegenwärtigen, wie die **Freiheit**, der **Wille** und das **Denken** unzertrennlich sind. Freiheit ohne Wille wäre nicht denkbar, denn der Wille ist das Freie und umgekehrt; und wie Freiheit oder Wille, einzeln genommen, nur leere Worte sind, (der Wille ist ja nur als Subjekt wirklich) so ist auch von beiden das Denken nicht zu trennen. Das Denken überhaupt nennen wir Geist; und wenn der Mensch, im Vergleich mit dem Thiere, ein Geist genannt wird, so bezeichnet man damit das Denken. Denken und Willen (theoretisch und praktisch) sind also gar nicht als zwei abgesonderte Vermögen oder Kräfte zu fassen, sondern das Denken, als Trieb sich Daseyn zu geben, heißt Wille. Wille ist wollendes Denken, praktisches Denken; und theoretischer Wille kann nichts anderes seyn, als Denken. Welchen Gegenstand ich immer denke (zum Gedanken mache), so ist er nur dadurch der Meinige, denn nur im **Denken** bin ich **bei mir**. Dieses **Beisichseyn** des Geistes und das **Begreifen** des Gegenstandes ist nicht zu trennen, und daß Ich dadurch dem Gegenstande seine sinnliche Einzelnheit nehme und ihn **verallgemeinere**, das ist auch dem Denken und dem Ich eigenthümlich, denn das Denken, das Ich selbst, ist seiner Natur nach etwas Allgemeines, und das Einzelnste als solches wäre also schon das Allgemeinste; was auch eine abgesonderte Betrachtung verdiente. — In wiefern demnach die Bemerkung richtig ist, daß die verschiedenen Standpunkte des Willens mit den Grundzügen des Geistes überhaupt zusammenhängen, so wäre die Entwicklung der Intelligenz, wie sie vom Gefühle ausgehend, durch alle Stufen des Vorstellens hindurchlaufend, sich zum Denken emporarbeitet, ganz derselbe Weg, auf dem sich auch der praktische Geist als Wille hervorbringt und in seiner mehr oder weniger bedingten Wahrheit darstellt.

Wenn man den Menschen verbieten könnte, zu denken, dann könnte man ihnen auch das Wollen untersagen. Daß Ich Etwas will, schließt immer in sich, daß ich **Etwas** will, und die **Subjektivität** des Willens fiele also mit seiner **Besonderheit** zusammen. Auch der Staat und die Moralität haben in Rechten und Pflichten dieses Individuelle berücksichtigen müssen, und **was** die Bürger eines Staats wollen, ist wenigstens nicht minder wichtig, als **daß** sie überhaupt wollen dürfen. Auch bei der **Persönlichkeit** würde also der Inhalt und das, was die Person denkt und will, für Recht und Sittlichkeit so wichtig seyn, als das Wollendürfen und Denkendürfen. Die **Wirklichkeit** des Willens läge demnach immer in dem besonderen Willen.

(Fortsetzung dieser rechtsphilosophischen Aufsätze folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 45. Karlsruhe den 10. November 1838.

I.

Noch etwas über das Anfangsziel der Verzugszinsen nach L. R. S. 1153.

Diese praktische beinahe täglich vorkommende Frage ist noch immer bestritten, weßhalb ich mir erlaube zu meiner im Archiv I. S. 63 und in den Annalen I. S. 167 niedergelegten Ansicht, daß sie nur vom Tag der Satzung in Verzug und der damit verbundenen oder nachfolgenden Anforderung ihrer selbst laufen, noch einige neue Gründe schon deßhalb nachzutragen, weil es der beste Beweis der Richtigkeit einer Meinung ist, wenn man immer neue Gründe zu ihrer Bestätigung entdeckt.

Man ist darüber allseitig einverstanden, daß der L. R. S. 1153 der Hauptsitz der Frage, und jedenfalls dazu bestimmt ist, das Anfangsziel der Verzugszinsen, im Gegensatz der Ausnahmen, der gesetzlichen Zinsen, festzustellen. Frägt man nun die gegentheilige insbesonders im Archiv II. I. S. 158 niedergelegte Meinung um das Anfangsziel der Verzugszinsen nach L. R. S. 1153, so antwortet sie unter Beziehung des dorten vorkommenden Wortes Anforderung auf Anforderung der Geldverbindlichkeit, daß die Verzugszinsen vom Tag der Anforderung der Vertragsleistung laufen. Archiv II. I. S. 168. Soll dieser Grundsatz wahr und richtig seyn, so muß er den Lauf der Verzugszinsen deutlich und vollständig bestimmen, denn dieses ist offenbar der Zweck des S. 1153, und läßt sich nun nachweisen, daß mit diesem Grundsatz das Anfangsziel der Verzugszinsen, abgesehen von den nicht hieher gehörigen gesetzlichen Ausnahmen, nicht deutlich und nicht vollständig bestimmt ist, so wird man auch alsdann die Unrichtigkeit dieses Grundsatzes umsomehr behaupten können, wenn man ihm einen andern entgegenstellen kann, der nicht nur alles deutlich und vollständig bestimmt, sondern dabei dem Wortausdruck des S. 1153 angemessen auch mit andern Gesetzesbestimmungen im Einklang steht.

Die Verzugszinsen laufen also nur vom Tag der Anforderung der Schuld, und durch das Wörtchen nur wird daher den Verzugszinsen eine Beschränkung ihres Laufs gesetzlich beigelegt. Da nun aber Verzugszinsen schon an und für sich einen Verzug voraussetzen, und dieser Voraussetzung auch im Satz 1153 damit erwähnt wird, daß von ihnen als einer Entschädigung wegen verzögerter Erfüllung eines Vertrags gesprochen wird, so wirft sich vor allem die Frage auf, ob denn auch die Anforderung der Schuld mit der Setzung des Schuldners in Verzug gleichbedeutend ist? Dieses ist aber keineswegs der Fall, denn der Begriff der Anforderung einer Schuld ist ein ganz allgemeiner, er umfaßt öffentlich beurkundete und durch Privaturkunden erwiesene Anforderungen, selbst mündliche, ja sogar aus Umständen stillschweigend gefolgerte Anforderungen sind in ihrer Erweislichkeit Anforderungen der Schuld und begründen also einen Lauf der Verzugszinsen. Der Satz 1139 verlangt dagegen zur Setzung in Verzug öffentlich beurkundete Aufforderungen, oder andere gleichgeltende Vorgänge, und wenn man selbst annehmen will, daß unter diese andere gleichgeltende Vorgänge auch die durch Privaturkunden erwiesene Aufforderungen des Schuldners zu rechnen sind, so wird man doch wenigstens mündliche Aufforderungen, oder aus Umständen geschlossene stillschweigende Aufforderungen, und selbst solche ausschließen, welche allein nur in einer schriftlichen Anforderung des Gläubigers an den Schuldner, z. B. in einem Brief an ihn enthalten sind. Pailliet, ad art. 1139, Nr. 3, der wohl den Artikel am weitesten ausdehnt, verlangt zum mindesten eine vom Schuldner unterschriebene und anerkannte Privaturkunde über die geschehene Anforderung, und verwirft also jene, die nur darin bestände, daß man die Ablassung eines Briefs an den Schuldner beweisen wollte, und schließt eine mündliche Aufforderung ohnedies aus. Nimmt man nun die Aufforderung des Schuldners im Satze 1139, und die Anforderung der Kapitalschuld im Satz 1153 für gleiche Begriffe, so ist die auf öffentliche Beurkundung oder andere gleichgeltende

Vorgänge beschränkte Aufforderung des Satzes 1139 der engere Begriff, und die an nichts gebundene Anforderung der Schuld, z. B. die mündliche in sich fassend, ist der weitere Begriff. Es bezieht sich aber der Satz 1153 anerkanntermaßen auf den Satz 1139 zurück, und da er nun durch das Wort nur ganz ausdrücklich eine Beschränkung erhalten soll, so kommen wir zu dem logischen Unsinn, dessen sich der Gesetzgeber schuldig gemacht hätte, daß er den engern Begriff der urkundlichen Aufforderung des Satzes 1139 durch den weitern Begriff der unbegrenzten Anforderung der Schuld beschränken will. Die Verzugszinsen sollen alsdann nur vom Tag der Anforderung der Geldschuld laufen, wo doch diese z. B. mündlich geschehene Anforderung nicht einmal einen Verzug begründet und darstellt. Um diesem auszuweichen, wird man nun sagen wollen, daß man die Anforderung des Satzes 1153 als nichts anders denn als die Art und Weise der Inverzugsetzung des Satzes 1139 zu betrachten habe, allein der Gesetzgeber hat vorerst in beiden Sätzen zwei ganz verschiedene Ausdrücke gebraucht, welche keineswegs in ihren Begriffen synonim sind, und so ist es eine höchst willkührliche Auslegung des Satzes 1153, wenn man seinen Ausdruck Anforderung der Schuld für ganz gleichbedeutend mit der besondere Erfordernisse verlangenden Inverzugsetzung des Satzes 1139 annehmen will. Sodann läßt sich aber bei der Anforderung des Satzes 1153 die Absicht des Gesetzgebers durch das Wörtchen nur eine Beschränkung der Verzugszinsen in den Satz 1153 hineinzutragen, gar nicht verkennen, und wenn man daher die Anforderung des Satzes 1153 für gleichbedeutend mit Inverzugsetzung des Satzes 1139 ansieht, so besteht die ganze Beschränkung des Satzes 1153 darin, daß der Gesetzgeber sagt, die Verzugszinsen sollen nur vom Verzug an laufen. Das war aber wohl überflüssig zu bestimmen, wer nur etwas juristischen Sinn hat, wird einsehen, daß das Gesetz die Verzugszinsen nicht über den Verzug hinaussetzen und beginnen lassen konnte, und daß also die Bestimmung des Laufs der Verzugszinsen auf den Verzug selbst gewiß keine Beschränkung ist. Nimmt man aber dieses an, so macht man sich nicht nur der höchst willkührlichen, durch nichts unterstützten Gleichstellung des Begriffs Anforderung der Schuld mit dem Begriff der Inverzugsetzung des Satzes 1139 schuldig, sondern man wirft die ausdrücklich beabsichtigte Beschränkung des Laufs der Verzugszinsen aus dem Satz 1153 hinaus, und streicht so das Beschränkungswort nur als überflüssig durch, was man doch wahrlich nicht thun darf.

Um den Satz 1153 in seinem Wortausdruck aufrecht zu erhalten, könnte man nun sagen, daß er dahin zu verstehen sei, daß nur die Setzung in Verzug nach Satz 1153, welche zugleich eine Anforderung der Schuld enthält, den Lauf der Verzugszinsen beginnen läßt. Allein! Vorerst ist gar nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber im Verzug und seinen Folgen irgend einen Unterschied zwischen einem durch Anforderung der Schuld entstandenen Verzug gegen den aus einem andern Vorgang entsprungenen Verzug machen wollte, und wenn er ihn gemacht hat, so wird man nur nachweisen müssen, (wenn man anders vom Gesetz eine vollständige Bestimmung des Laufs der Verzugszinsen bei jedem Verzug verlangen darf,) von wo an nunmehr der Lauf jener Verzugszinsen beginnt, wo der Verzug selbst nicht durch eine Anforderung der Schuld begründet wurde. Die Verzugszinsen laufen nur vom Anfordern der Schuld, wenn aber nach L. R. S. 1139 durch den Inhalt des Vertrags selbst bedungen wird, daß der Schuldner einer Summe Geldes von 100 fl. durch die Erscheinung des 12. Mai 1837 im Verzug seyn solle, ohne daß es einer weitern Handlung bedürfe, so ist er, wenn er am 12. Mai nicht bezahlt, ganz unzweifelhaft in Verzug, in der mora ex re. Dieser Verzug geschieht aber offenbar nicht durch Anforderung der Schuld, und obschon der Schuldner in Verzug ist, so laufen die Verzugszinsen nicht, weil sie nur von der Anforderung der Schuld beginnen. Wie sollen sie nun aber in Lauf kommen? Durch Anforderung der Schuld. Allein der Satz 1139 sagt ausdrücklich, daß der Verzug eintreten soll, ohne daß es einer weitern Handlung bedürfe. Und welche Anforderung der Schuld ist zu verlangen? Wenn man behauptet, daß die Anforderung des Satzes 1153 die gleichartige mit der im L. R. S. 1139 seyn müsse, so verlangt man also zum Lauf der Verzugszinsen bei der mora ex re, daß der Schuldner noch einmal in Verzug gesetzt werden müsse, wo doch das Gesetz gerade sagt, daß es nicht nur keiner Inverzugsetzung, sondern sogar überhaupt keiner Handlung mehr bedürfe, um den Verzug anzunehmen. Behauptet man aber, daß alsdann jede, auch die mündliche Anforderung der Schuld, genügt, so kommt man gerade auf die ganz verwerfliche Auslegung der Anforderung im Satz 1153, daß solche nämlich weiter, ausgedehnter ist, als die Inverzugsetzung des Satzes 1139, und daß also die Verzugszinsen durch eine Handlung beginnen können, welche nicht einmal geeignet ist, den Verzug zu begründen. Bezieht man aber die Anforderung des Satzes 1153 nicht auf die mora ex re des Satzes 1139, und nicht auf andere der Aufforderung des Schuldners gleichgeltenden Vorgänge des Satzes 1139, welche keine Anforderung der Schuld enthalten, so hat der Gesetzgeber nirgends für diesen Verzug den Lauf der Verzugszinsen bestimmt, man unterschiebt also dem Gesetzgeber eine Lücke, eine Vergeßlichkeit, und wird sich erlauben, auf das römische Recht zurückzugreifen, und die Zinsen eben vom Verzug an laufen lassen, wo doch der Gesetzgeber im Satz 1153 eine ganz allgemeine Bestimmung über allen gedenkbaren Lauf der Verzugszinsen

damit gegeben hat, daß er dazu Verzug und Anforderung der Verzugszinsen überall da verlangt, wo er nicht andere ausdrückliche Bestimmungen trifft. Das römische Recht hatte allerdings die einfache Regel, daß die Verzugszinsen vom Verzug an laufen, allein eben weil unser Landrecht diese Bestimmung nicht wiederholt, sondern im Satz 1153 vorschreibt, daß sie nur von der Anforderung laufen, so ist das römische Recht jedenfalls abgeändert, denn mag man sich drehen und wenden, wie man will, mag man das Wort Anforderung gezwungen genug auf Anforderung der Schuld beziehen, so ist die Anforderung der Schuld nicht gleichbedeutend mit der Inverzugsetzung des Satzes 1139, am allerwenigsten mit der gerade die weitere Handlung der Anforderung der Schuld nicht bedürfenden mora ex re des Satzes 1139. Für diesen Verzug wird man den Satz 1153 nicht anwenden können, und also nur sagen müssen, daß ihm entweder keine Zinsen laufen, oder daß sie im Uebersehen dieses Falls vom Gesetz nach römischem Recht vom Tag des Verzugs ohne Anforderung der Schuld laufen.

Wie gezeigt, so verwickelt man sich mit der Annahme, daß die Anforderung des Satzes 1153 sich auf die Anforderung der Schuld beziehe, gerade gegen den den Verzug begründenden Satz 1139 in die größten Widersprüche, aus denen man, wenn man noch dazu den Satz 1207 bedenkt, der ausdrücklich von der Anforderung der Zinsen spricht, und von dem Pailliet ad art. 1153, Nr. 1 mit Recht sagt: au surplus l'art. 1207 leve tous les doutes: sich mit nichts als mit willkührlichen Unterstellungen und ganz verwerflichen Annahmen heraushelfen kann. Wenn man den Satz 1153 ganz unbefangen liest, so ist es in der That bedauerlich, daß man über seine Auslegung, und insbesonders über den Bezug des Worts Anforderung so viel schreiben, und beweisen muß, daß es auf das zu beziehen ist, wovon der Satz spricht, nämlich auf die Entschädigung, auf die Zinsen. Es läßt sich dieses durch gar nichts anders erklären, denn der Satz selbst ist so klar und deutlich, als man nur einen finden kann, als dadurch, daß eben alle, welche ihn lesen, die Begriffe des römischen Rechts im Kopf haben, und daher nicht glauben, daß die Zinsen nicht vom Verzug an laufen sollen, wenn aber Hunderte und Tausende den Satz lesen, und nichts vom römischen Recht wissen, so bin ich überzeugt, daß es auch nicht einem, der deutsch kann, einfallen wird, das Wort Anforderung auf die Anforderung der Vertragsleistung zu beziehen, wovon doch keine Rede ist. Da nun aber vorstehend, wie ich wohl sagen kann, ad oculos demonstrirt ist, daß auch durch die Anforderung der Schuld bei der mora ex re doch das römische Recht abgeändert ist, so wird man endlich einmal einsehen, daß der Satz 1153 gerade das römische Recht abändern wollte, und daß alsdann das Lesen des Satzes 1153 mittelst einer römischen Pandektenbrille zu keinem dem Sinn, Geist und Wortausdruck des Landrechts entsprechenden Ziele führen wird. Man hat sich über die Verjährbarkeit der Verzugszinsen binnen fünf Jahren auch lange herumgestritten, bis die Wahrheit sich die Bahn der Bejahung dieser Frage gebrochen hat. Es ist damit eine Grundbehauptung der gegentheiligen Meinung im Archiv II. 1, Satz 158, daß Verzugszinsen eine selbstständige Entschädigungsforderung seien, als unrichtig erkannt worden, und es ist zu hoffen, daß sie in allen ihren Theilen als unrichtig anerkannt werden wird. Sander.

II.

Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Sind die Urtheile der französischen Gerichte im Großherzogthum vollstreckbar? Auslegung der §§. 952, 953 der Prozeßordnung.

(Pouget gegen Lamartiniere.)

In Nummer 3 dieses Jahrgangs der Annalen Seite 17 — 22 wurden die verschiedenen Ansichten des zweiten Senates des mittelrheinischen Hofgerichts, und dabei das Endurtheil dieses Gerichtshofes vom 30. October 1837 mitgetheilt, worin obige Frage verneinend entschieden wurde.

Da es den Lesern der Annalen interressant seyn wird, die Ansicht des obersten Gerichtshofes über jene Controverse zu erfahren, so folgen hier die Entscheidungsgründe des von dem großherzoglichen Oberhofgericht, II. Senats, unter dem 14. September 1838 Nr. 3682 erlassenen, bestätigenden Urtheils wörtlich:

„Kläger hält sich durch das hofgerichtliche Urtheil vom 30. October v. J. aus dem Grunde für beschwert, weil darin der amtliche Bescheid vom 21. October 1835 besagend:

die Klage und das darin gestellte Begehren um Ertheilung eines Vollzugsdecretes des Urtheils des Handelsgerichts zu Paris d. d. 8. Thermidor des Jahres XII der französischen Republik findet nicht statt,"

lediglich bestätiget worden ist.

Der Gehalt dieser Beschwerde hängt im Allgemeinen von der Frage ab, unter welchen Voraussetzungen das von einem französischen Gerichtshof gefällte Urtheil von den großherzoglich badischen Gerichten zur Vollstreckung gebracht werden darf?

Für diese Frage kann die in der Klage angeregte Rechtsbelehrung vom 24. Juni 1812, Regierungsblatt Nr. XX jetzt nicht mehr maßgebend seyn, da dieselbe durch die in der neuen Prozeßordnung enthaltenen Bestimmungen über die Vollziehbarkeit ausländischer Urtheile wirkungslos geworden ist, welche nun gesetzlichen Vorschriften jetzt die alleinigen Entscheidungsnormen für derartige Fälle darbieten.

Nach §. 931 der Prozeßordnung soll die Vollstreckung ausländischer Urtheile zunächst nach Maßgabe der bestehenden Staatsverträge und in deren Ermangelung nach denen von der großherzoglichen Regierung auf den Grund der Gegenseitigkeit erlassenen Vorschriften Statt finden.

Bestehen nun aber, wie dies im Verhältniß des Großherzogthums Baden zu Frankreich wirklich der Fall ist, weder solche Staatsverträge, noch dergleichen auf den Grund der Gegenseitigkeit ergangene Vorschriften der Regierung, so sollen nach §. 952 der Prozeßordnung für dergleichen Urtheilsvollstreckungen folgende Regeln eintreten:

1) Auf Ersuchen eines ausländischen Gerichts wird die Vollstreckung des Urtheils gegen Angehörige des Staats, dessen Gerichte das Urtheil gesprochen haben, nach Vernehmung des Beklagten so vorgenommen, als wäre die Vollstreckbarkeit von einem inländischen Gerichte erklärt.

2) Auf Ersuchen ausländischer Gerichte gegen Inländer, oder Ausländer, die nicht Angehörige des Staates sind, dessen Gerichte das Urtheil gefällt haben, tritt die Vollstreckung nach Vorladung der Parteien dann ein, wenn dargethan ist, daß, nach inländischen Gesetzen beurtheilt, die fremde Gerichtsbarkeit begründet war, und daß das Urtheil Rechtskraft erlangt hat.

3) Unter gleicher Voraussetzung wird auf Vorlage eines im Ausland gegen Inländer oder Ausländer gefällten Urtheils und Bitte um Vollstreckung diese nach Vorladung der Parteien verfügt. — In dem Text des Gesetzes heißt es zwar statt Vorlage „Verlangen"; allein dieses Wort ist, einer Bekanntmachung des großherzoglichen Justizministeriums im Regierungsblatt Nr. 62 vom Jahr 1835 zufolge, ein bloßer Druckfehler, was sich auch schon von selbst daraus ergiebt, weil ansonst die erwähnte Gesetzesstelle keinen vernünftigen Sinn haben würde, indem das Verlangen und Begehren um Vollziehung von Urtheilssprüchen nur Folge ergangener Urtheile, nicht aber Gegenstand der Urtheilsfällung selbst seyn kann.

4) Wenn in den Fällen des §. 952, von welchen der oben sub. 3 erwähnte hier vorhanden ist, der Kläger ein Ausländer ist, und der Beklagte den Einwand macht, daß von dem auswärtigen Staat eine gleiche Willfährigkeit bei Vollstreckung von Urtheilen badischer Gerichte nicht beobachtet werde, so ist nach §. 953 der Prozeßordnung dem Kläger vor der Vollstreckung die Nachweisung abzufordern, daß der ausländische Staat in ähnlichen Fällen die Urtheile der badischen Gerichte ebenfalls vollziehe. — In dem Fall des §. 953 der Prozeßordnung kann also das Urtheil eines ausländischen Gerichts nur dann vollzogen werden, wenn dargethan ist, daß in dem Lande, in welchem das zu vollstreckende Urtheil ergangen ist, die Vollstreckung der von den badischen Gerichten gefällten Urtheile nicht mehr erschwert wird und keinen größeren Einschränkungen unterliegt, als wie dieß nach unseren Landesgesetzen der Fall ist.

Da nun in vorliegendem Fall der Kläger ein französischer Staatsangehöriger, mithin Ausländer ist, da ferner vom Beklagten in der Appellationseinredeschrift vom 19. April 1836 geläugnet wurde, daß die französischen Gerichte in ähnlichen Fällen ein badisches Urtheil vollziehen, so hatte Kläger zum Zwecke der Begründung seines Urtheilsvollstreckungsgesuchs vorerst die Nachweisung zu liefern, daß die königlich französischen Gerichte in ähnlichen Fällen, wie der vorliegende, die Urtheile der großherzoglich badischen Gerichte ebenfalls vollziehen, wozu denn auch dem Kläger durch hofgerichtliches Zwischenurtheil vom 23. April 1836 die Auflage gemacht wurde.

Diese Nachweisung hat Kläger in der Beweisantretungsschrift vom 3. Juli 1836 zu liefern gesucht:

a) durch ein Schreiben des königlich französischen Ministers der auswärtigen Angelegenheiten vom 29. Juni 1836, sodann

b) durch ein von mehreren Pariser Advokaten gefertigtes Rechtsgutachten.

Von diesen beiden Urkunden ist die letztere, als eine bloße Rechtsansicht von Privatpersonen enthaltend, für die dem Kläger obliegende Nachweisung nicht geeignet.

Dagegen kann dem Schreiben des königlich französischen Ministers der auswärtigen Angelegenheiten vom 29. Juni 1836 in dieser Beziehung die Beweiskraft nicht versagt werden, da solches die Aeußerung einer öffentlichen Staatsbehörde ist und überdieß auf eingezogener Erkundigung bei dem Justizdepartement beruht, das nach seiner amtlichen Stellung Kenntniß über den fraglichen Gegenstand besitzen muß.

Was nun aber dessen Inhalt anbetrifft, so wird dadurch der Beweis nicht geliefert, daß in ähnlichen Fällen, wie sie im §. 952 der Prozeßordnung bestimmt sind, auch von Seiten der königlich französischen Gerichtshöfe die Urtheile der großherzoglich badischen Gerichte vollzogen werden.

In diesem Schreiben wird zunächst Bezug genommen auf den Artikel 546 des Code de procédure civile und auf den Artikel 2123 des Code civil, worin aber mehr nicht verordnet ist, als daß Urtheile ausländischer Gerichte nur dann, wenn sie von einem inländischen Gericht vollziehbar erklärt worden sind, vollzogen werden dürfen, ohne aber die Bedingungen, unter welchen diese Vollziehbarkeit von den königlich französischen Gerichten ausgesprochen werden darf, näher festzusetzen.

Es soll hiernach, wie es in diesem Schreiben weiter heißt, durch die Gesetzgebung sowohl dem Grundsatz, als dem Recht nach, den Gerichten die Freiheit und die Befugniß gelassen seyn, die Vollziehung der im Ausland erlassenen Urtheile auf französischem Gebiet zu gestatten.

Bei Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes auf einzelne Fälle sollten nun aber inhaltlich besagten Schreibens die französischen Gerichtshöfe folgende Regeln befolgen:

„Les Tribunaux français, saisis d'une requête en exequatur d'un jugement rendu en pays étranger, maintiennent intacte la Souveraineté de la justice du pays; ils n'admettent l'instance qu'après que le demandeur a assigné la partie adverse devant eux et reconnu ainsi leur jurisdiction et leur droit á réviser au fond le jugement, dont on leur demande l'exécution Mais si ce jugement ne statue que sur des intérêts privés, si l'équité de ses dispositions ne présente aucune incertitude, et si ces mêmes dispositions n'ont rien de contraire au droit public français, il est d'usage constant, que le Tribunal en ordonne l'execution pure et simple."

Die so eben erwähnten Regeln, welche die französischen Gerichtshöfe bei Vollziehung auswärtiger Urtheile nach einer konstanten Praxis befolgen sollen, geben jedoch in Vergleichung mit den Vorschriften des §. 952 der Prozeßordnung genugsam zu erkennen, daß die Vollziehung der Urtheile der großherzoglich badischen Gerichte bei den königlich französischen Gerichtshöfen ungleich mehr, als wie nach unserer Gesetzgebung, erschwert ist. Nach dem §. 952 der Prozeßordnung ist die Vollziehbarkeit des ausländischen Urtheils bloß von der Prüfung abhängig gemacht, ob die fremde Gerichtsbarkeit begründet gewesen ist, und ob das Urtheil Rechtskraft erlangt hat, mithin vollzugsreif geworden ist, ohne daß dem badischen Richter die Befugniß eingeräumt ist, die Frage, ob auch das ausländische Gericht recht geurtheilt habe, seiner nochmaligen Prüfung und Entscheidung zu unterwerfen.

Die französischen Gerichte hingegen nehmen eine Gerichtsbarkeit für den Gehalt der Sache selbst, so wie das Recht in Anspruch, das ausländische Urtheil und somit den ganzen Prozeß, welcher durch solches entschieden worden ist, ihrer nochmaligen Revision zu unterziehen und die Vollziehbarkeit desselben nur dann auszusprechen, wenn über die Richtigkeit der vom ausländischen Gericht gegebenen Entscheidung kein erheblicher Zweifel (si l'équité de ses dispositions ne présente aucune incertitude) obwaltet. Auf diese Weise wird der Vollzug ausländischer Urtheile im königlich französischen Gebiet von solcher Bedingung abhängig gemacht, wodurch die königlich französischen Gerichtshöfe im Grund genommen ihre eigenen Entscheidungen über den materiellen Gehalt der Sache, und nicht mehr den Ausspruch des fremden Gerichts in Vollstreckung setzen.

Es läßt sich auch aus den Worten des §. 953 der Prozeßordnung „in ähnlichen Fällen" die Folge nicht ableiten, daß, da die französischen Gerichte in der Vollziehung der von den großherzoglich badischen Gerichten ergangenen Urtheile nicht die gleiche, unserer Gesetzgebung entsprechende Willfährigkeit beweisen, sondern solche an lästigere Bedingungen knüpfen, bei nachgesuchtem Vollzug eines in Frankreich ergangenen Urtheils dasselbe Verfahren von Seiten unserer Gerichte eingehalten werden müsse, welches die französischen Gerichtshöfe in Beziehung auf die Vollstreckbarkeit der Urtheile großherzogl. badischer Gerichte in Anwendung bringen. Denn einmal ist, wie schon oben bemerkt, im §. 953 der Prozeßordnung die Vollziehbarkeit ausländischer Urtheile dadurch bedingt, daß in dem Lande, in welchem es ergangen ist, die Vollziehung der Urtheile diesseitiger Gerichte nicht mehr erschwert wird, als wie dies bei uns der Fall ist. Außerdem würde hier der Richter eine Gegenseitigkeit geltend machen, wozu er nach §. 951 der Prozeßordnung nur in Folge einer von der Staatsregierung erlassenen ausdrücklichen Vorschrift sich ermächtigt halten kann.

Da also Kläger die ihm nach §. 953 obliegende Nachweisung nicht geliefert hat, so ist vom großherzoglichen Hofgericht mit Recht, wie geschehen, erkannt worden, und es mußte daher dessen Urtheil vom 30. Oktober v. J. lediglich bestätiget, so wie Kläger, Oberappellant, nach §. 169 der Prozeßordnung auch in die Kosten dieser Instanz verfällt werden.

v. Stockhorn.

III.

Etwas über Ansätze der Advokaten nach der Taxordnung vom 10. Juli 1832 Regierungsblatt Nr. XXXIX.

Man hört nicht selten die Klage von Advokaten, daß sie durch das Verfahren nach der neuen Prozeßordnung und durch die darauf gebaute Taxordnung vom 10. Juli 1832 in ihrem Einkommen gegen die Taxen des frühern Verfahrens geschmälert worden seien. Ohne mich nun auf eine allgemeine Untersuchung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Behauptung einzulassen, glaube ich nur bemerken zu müssen, daß die Advokaten nicht selten deßhalb die Schuld eines geschmälerten Einkommens nach den Bestimmungen der Taxordnung vom 10. Juli 1832 tragen, weil sie unterlassen, das anzusetzen, was ihnen doch darnach gebührt. Wenigstens tritt dieses hier in Rastatt ein.

So z. B. bestimmt der §. 6 der Taxordnung vom 10. Juli 1832, daß die darin festgesetzte Gebühr für die mündliche Rechtsausführung bestimmt sind, woraus schon für sich folgt, daß, wenn bei der mündlichen Verhandlung noch andere Verrichtungen vorkommen, dafür die sonst bestimmten Ansätze passiren. Dieses ist auch in der Taxordnung §. 9 und insbesondere §. 10 anerkannt, und doch setzt dahier kein Anwalt das an, was ihm der §. 10 selbst wörtlich anzusetzen erlaubt.

Der §. 10 bezieht sich nämlich in seinem Schluß auf solche Verrichtungen, welche während einer Sitzung

also im Laufe der mündlichen Verhandlung vorkommen, z. B. Erklärungen auf Fristgesuche, Anrufen ꝛc.

Wenn also, was nicht selten geschieht, ein Anwalt ausgeblieben ist, und ein schriftliches Fristgesuch einreichte, worüber der gegentheilige erschienene Anwalt sich erklärt, so setzt er nur, wenn die Verhandlung doch geschieht, seine Taxe für den mündlichen Vortrag, oder wenn sie nicht geschieht, seine Taxe für die Versäumniß nach §. 7, nie aber die Taxe für seine Erklärung auf das Fristgesuch nach §. 10 an, obschon ihm dieses derselbe §. ausdrücklich gestattet.

Nicht selten bleibt ein Anwalt aus, und der andere erschienene ruft alsdann auf seinen Ausschluß mit der Rechtsausführung an. Für diesen Fall passirt der §. 10 ausdrücklich seine verschiedenen Ansätze von 15 kr. — zu einem Gulden, und doch setzt kein Anwalt dahier diese Gebühr neben seinem mündlichen Vortrag an.

Die im §. 10 angeführten Fälle der Erklärung auf Fristgesuche und des Anrufens sind aber nur beispielsweise, und man hat daher alsbald zu fragen, ob nicht den mündlichen Verhandlungen in den öffentlichen Sitzungen auch noch andere Verrichtungen in der Sache vorangehen, oder nachfolgen, welche ebenfalls unter den §. 10 fallen.

Dergleichen gibt es allerdings. So korrespondirt den Anrufen im §. 10 gewiß eine Bitte um Wiederherstellung, welche im mündlichen Vortrag vorkommen kann, und wofür der Ansatz des §. 10 zu passiren wäre. Was aber jedesmal bei den mündlichen Verhandlungen vorkommt, und was eine jedenfalls von der Verhandlung der Sache getrennte Verrichtung ist, das ist die Anerkennung der Prozeßvollmachten der Anwälte selbst, und dafür wird wenigstens hier nichts angesetzt, obschon es gewiß nach §. 10 passiren sollte. Man kann sich dagegen nicht auf den §. VII. der alten Taxordnung vom Jahr 1803 berufen, wornach für die Uebergabe der Vollmacht nichts passiren soll, denn diese Vorschrift geht nur auf die Uebergabe der eigenen Vollmacht, nicht aber auf die Erklärung hinsichtlich der Vollmacht des Gegentheils, und daß diese Erklärung eine eigenthümliche Verrichtung während der Sitzung, und zwar eine nicht unwichtige ist, kann um so weniger bezweifelt werden, als sie nicht selten eigene und besondere Zwischenverhandlungen nöthig machen. Die Ansätze für dergleichen überall vorkommende Vollmachtsanerkennungen sind aber eben wegen ihrer häufigen Vorkommenheit für das Einkommen eines Anwalts nicht gering.

Ich glaube selbst, daß für die Uebergabe der Vollmacht in der Sitzung trotz des §. VII. der alten Taxordnung der Ansatz des §. 10 der neuen Taxordnung passiren muß, denn die alte Taxordnung ist nach §. 1 der neuen Taxordnung durch die letztere aufgehoben, so weit sie durch ihre Bestimmungen abgeändert erscheint, und bei der ganz allgemeinen Vorschrift des §. 10 der neuen Taxordnung ist der §. VII. der alten gewiß für den Fall aufgehoben, wo die Vollmacht in der Sitzung überreicht wird, und dauert nur noch für den Fall fort, wo die Vollmacht mit einem Schriftsatz übergeben wird.

Nachfolgende besondere Verrichtungen kommen aber ebenfalls überall vor, ohne daß dafür etwas angesetzt wird. Z. B. die Bitte um Ausfertigung und Zustellung des Urtheils. Offenbar ist dieses eine besondere Bitte, welche schon nach der alten Taxordnung §. V. passiren mußte, und welche nun nach der Taxordnung vom Jahr 1832 §. 10 zu den dorten bestimmten Gebühren zu passiren ist.

Daß aber dieses Alles eine je besondere in der Sitzung vorkommende Verrichtung ist, beweist sich am besten aus den Sitzungsprotokollen selbst, indem solche alle diese Vorkommnisse besonders damit aufzählten, daß sie lauten: der Anwalt des Appellanten hat hierauf seine Vollmacht vorgelegt, welche der gegentheilige Anwalt anerkannte. Beide hielten hierauf ihren mündlichen Vortrag, und baten nach Eröffnung des Urtheils um dessen Ausfertigung und Zustellung. Damit ist doch gewiß anerkannt und bewiesen, daß dieses besondere Verrichtungen sind, welche nach §. 10 der neuen Taxordnung zu passiren haben.

Es könnte zwar möglich seyn, daß diese Ansätze hie und da von einzelnen Gerichtsmitgliedern gestrichen würden. Allein zu erwarten ist, daß bei der Klarheit und Bestimmtheit des §. 10 der neuen Taxordnung die Mehrheit des ganzen Gerichtshofs die Ansätze billigt, und selbst wenn dieses nicht geschehen sollte, so haben die Anwälte den Weg an das Justizministerium frei, um von diesem eine Erläuterung des §. 10 zu erbitten, und da man dorten wohl schon längst überzeugt ist, daß die Gebühren für den mündlichen Vortrag in den kleinern Klassen offenbar zu gering sind, so wird man alsdann den §. 10 nicht dahin auslegen, daß in diesen für sich schon zu geringen Gebühren noch die Ansätze für besondere Verrichtungen enthalten seien, welche der §. 10 besonders dekretirt haben will.

Ueberhaupt sollte man doch bei dem manchmal übertriebenen Streichen an den Kostenverzeichnissen der Advokaten bedenken, daß ihnen wahrlich ihr Verdienst nicht in einem großen Maß zugemessen ist, und wenn die Staatsdiener nicht aus dem Auge verlieren, daß sie bei den gestiegenen Preisen des Lebens alle auf das bündigste überzeugt sind, daß ihre Besoldungen ebenfalls vergrößert gehören, wie sich ja auch der Preis jedes Gewerbsmanns gesteigert hat, so sollten sie so viele Billigkeit haben, daß auch dem Anwalt seine nach wohlfeileren Lebenspreisen bemessenen Taxen erhöht gehören, und daß man ihm wenigstens das nicht streichen sollte, was er zufolge ausdrücklicher Vorschriften der Taxordnung anzusetzen berechtigt ist.

Sander.

IV.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

4. Der Wille.

(Fortsetzung.)

Aber ohngeachtet der ungeheueren Entwickelung, welche der besondere freie Wille in der Weltgeschichte durchlaufen hat und trotz der schönsten Blüthen des Geistes, die er allein zu tragen im Stande war, liegt es doch bei ein wenig Reflexion gar nicht ferne, auch sogleich die Schattenseiten dieser höchsten Kraft des Menschengeistes zu bemerken, weil schon der gewöhnliche natürliche Wille, als natürliches Gefühl und als unmittelbare Gewißheit seiner selbst von Hause aus in zufälligen Meinungen, eiteln Vorstellungen und willkührlichem Streben befangen ist; und wenn nicht die häusliche Zucht und religiöse Erziehung schon in dem Kinde die selbstischen Gefühle, die dem Menschen die Natur zuerst giebt, gebrochen und, was als Gesetz nur Buchstabe ist, im erwachenden Bewußtseyn schon durch Angewöhnung zum lebendigen Geiste hat werden lassen, so ist freilich schon dieser erste Keim des vernünftigen Willens und des freien männlichen Geistes etwas fürchterliches, und der unerzogenen Jugend den rohen Willen nicht zu lassen, ist etwas der Vernunft so nahe liegendes, daß über die Beschränkung der Willkühr als erstes Bedürfniß aller Freiheit gar niemals im Ernste Zweifel erhoben worden sind; nur der Pöbel hat von jeher die Willkühr gewollt, wie jedes unartige Kind. Daß der freie Geist des Menschen seinen ersten und größten Feind in sich selbst habe an seinem eigenen Naturgeiste, und daß, wenn das göttliche Denken, was allein den Menschen vom Thiere unterscheidet, in ihm frei werden solle, der Mensch im Kampfe mit seinem natürlichen Wollen siegen, und durch Erhebung zu allgemeinen Zwecken selbstständig werden solle, das liegt schon in unserer Religion. Wäre es weiter nichts, als den eigenen Willen zu haben, was die Freiheit ausmachte, so wäre die individuelle Willkühr das Letzte und das Höchste für den Menschen. Allein selbst in Zeiten, worin dies wirklich Prinzip gewesen ist, z. B. unter Robespierre, war doch bei allgemeinen Staatsangelegenheiten der gesunde Menschenverstand dieser willkührlichen Freiheit zu sehr entgegen, als daß nicht selbst damals noch ganz andere Prinzipien berücksichtigt worden wären. So Nichts sagend und hohl also der einzelne Wille ist, wenn wir ihn vom Allgemeinen trennen, eben so sehr ist der allgemeine Wille, der das Besondere und Einzelne unberücksichtigt läßt, etwas Unbestimmtes.

Die größte Ausdehnung, die man im Recht diesem absolut Unbestimmten gegeben hatte, war das berüchtigte „fiat justitia pereat mundus". Diesem unbestimmten und hohlen Willen entgegen, haben eine Menge edle Menschen, auch schon vor der christlichen Zeit eingesehen, daß der Mensch nicht blos um des Gesetzes willen auf der Welt ist; und daß vollends christliche Rechtslehrer wider den reinen und leeren Buchstaben des Gesetzes die göttliche Würde der Menschenvernunft in Schutz genommen, und das vernünftige Urtheilen im einzelnen Falle wenigstens ebenso hoch gestellt haben, als das immer unbestimmte Gebot des allgemeinen Gesetzes, so daß der Richter ebenso viel Vernunft nöthig hat, als der Gesetzgeber, dazu müßte sie schon die Christenliebe nöthigen. Der Richter hat die schwierige Stellung, daß er das Einzelne und das Allgemeine (das Seyn und den Gedanken, den Fall und das Gesetz) durch Denken in Harmonie zu bringen angewiesen ist. Jakobi hat bei ähnlicher Gelegenheit daran erinnert, was der Jurist niemals vergessen darf, daß Deßdemona sterbend gelogen, Pylades, als er sich für Orest darstellte betrogen, Timoleon gemordet, Epaminondas und Johann de Witt Gesetz und Eid gebrochen, und hat für diese und ähnliche Fälle das eigentliche Majestätsrecht der Menschenvernunft in Anspruch genommen. Wenn es also offenbar Verbrechen geben kann, die der Würde der edelsten Menschennatur durchaus nicht entgegen sind, so gibt es möglicher Weise Rechte, Pflichten und Gesetze, die, an sich und abstrakt genommen ganz vortrefflich und passend, aber in einzelnen möglichen Fällen nicht anzuwenden sind, wenn nicht das Recht mit Sittlichkeit und Moralität in Widerstreit gerathen soll. Sobald nun ein solcher Gegensatz eintritt, so soll der Richter sich erinnern, daß die Moralität etwas Höheres ist, als das abstrakte Recht, und daß eben so das Ethische Höher ist, als das blos subjektiv-Moralische. Daß dieß alles dem Juristen so nahe liegt, als das Recht im engsten Sinne, das weiß er auch, denn wie sollte ihm unbekannt seyn, daß Vorsatz und Schuld, Absicht und Gewissen, daß alle Formen des Bösen und ihr Verhältniß zum Guten, daß alle Ueberzeugung und alles Rechtsgefühl zur Moralität gehören und daß er, ohne auf etwas Derartiges zu stoßen, keinen Schritt im Recht thun kann. Eben so wenig wird der Jurist die Familie, die Ehe, das Vermögen der Bürger, die Rechtspflege und das Daseyn des Gesetzes in den Gerichten verschmähen; und daß dies alles, was sich direkt auf den Staat bezieht, also die ganze Verfassung desselben schon von den alten Griechen ganz richtig als Ethik bezeichnet worden ist, das ist bekannt, denn wo in aller Welt sollten Gesetze ohne Sitten einen Boden haben? Der Jurist ist also bei der Auflösung der Antinomien des Rechts durchaus nicht im Zweifel gelassen, sondern das Untergeordnete hat dem Höheren zu weichen, und das abstrakte blinde Recht ist im Conflikte mit dem Besseren und Edleren

als in ganz bestimmten Verhältnissen untergeordnet zu erkennen. Die genaue Kenntniß der Moralität und Ethik macht bei unsern christlichen Juristen allen weiteren Detailbeweis unnöthig.

Wie höchst fein auch manchem Leser der gemachte Unterschied zwischen Sittlichkeit und Moralität dünken mag, und wie ferne liegend wenigen Juristen beides, so wird doch die Erinnerung an das Sclavenverhältniß ein sehr einfaches Licht darüber geben. Wenn der Sclave darum keine Pflichten hat, weil er kein freier Mensch ist, denn nur dieser hat Rechte, so kann ihm auch in keiner Weise zugemuthet werden, daß er etwas thun soll, außer durch Gewalt Wenn nun im völlig abstrakten (d. h. nur so genannten) Rechte sogar die Sclaverei subsumirt und gesagt werden könnte, daß der eine Mensch nur Rechte habe, der andere aber nur Pflichten, so war das Recht von der Pflicht (das abgesonderte Recht von der Sittlichkeit) getrennt, und wegen dieses Mangels des Rechts war bei dem Sclaven die ihm lächerlicher Weise zugemuthete Sittlichkeit auch nicht zu finden. Die Alten wußten dies auch praktisch, und die Sclaven galten für schlechtes Gesindel, aber daß man diese rechtlosen Geschöpfe nach dem Rechte justifizirte, das war die himmelschreiende Barbarei, wobei das Recht blos Form geworden war. Wenn also durch die Trennung der Rechte und Pflichten jedes von beiden seinen richtigen Sinn verliert, so dürfte das Verhältniß dieses sein, daß das abstrakte Recht und die geforderte Vereinigung meines eigenen Willens mit den Pflichten (man nennt dies Moralität) eine Grundlage haben müssen, die nichts anderes ist, als ihre Einheit; und diese Vereinigung der Pflichten und Rechte ist die sittliche Substanz des Volkes, ist die Basis des Staats und der Familie und ist der wirkliche Geist der Freiheit.

Daß diese Vereinigung des Rechts und der Moral schon ganz frühe bei der Erziehung der Jugend fundamentirt werden müsse, das bezweifelt praktisch kein Mensch, und man kann sich das, worauf es hier ankommt, auch für die Einsicht dadurch sogleich näher bringen, wenn man sich erinnert, daß ja auch alles Denken und Gedanken erhalten und Lernen nothwendig bei der Zucht und dem Gehorsam anfangen muß. Nicht blos auf Schulen und bei den untergeordneten grammatischen und ähnlichen Kenntnissen ist das Lernen und sorgfältige Aufnehmen des Gegebenen wichtig, sondern auch bei allen höheren Wissenschaften ist die Selbstthätigkeit und die Kraft im Gebrauche der Gedanken, überhaupt die Anwendung durch den Gehorsam im Aufnehmen des schon Vorhandenen bedingt. Wer nicht hinreichende Stärke des Willens hätte, sich einer strengen Disciplin in Ausbildung seines Verstandes zu unterwerfen, der würde es im Denken nie zu der Festigkeit bringen, die eine leichte Bewegung allein möglich macht; und wo bei einem Volke die Bildung der Sitte nicht mit der Zucht des Willens anfängt, im elterlichen Hause nicht weniger als in Schulen, da wird jedenfalls die erste und wichtigste Basis aller Freiheit der Einzelnen und des Volks fehlen, denn wenn die Sucht nach Zerstreuung und alles verkehrte Wesen neuerer Bildung die Gemüther zu frühe berührt, so ist mit dem entstehenden eigenen Raisonniren aller Zusammenhang und alle Konsequenz im Denken der Jugend vernichtet, weil es keinen Boden hat. Giebt man nun zu, daß für das Denken und den Willen die Zucht und der Gehorsam Bedingung ist, wenn mehr, als etwas ganz Hohles und Haltloses gesucht wird, und daß zur freien Bewegung in Denken und Wollen eine Basis erforderlich ist, so hat man damit zugegeben, daß die ungemessene Freiheit und Willkühr schon von Haus aus beschränkt werden muß und daß der Gehorsam Bedingung der Freiheit ist.

Wenn man also nicht gänzlich nur das Vage und Confuse will, so wird man die Einwendung nicht machen, daß die Freiheit durch Schranken vernichtet werde. Durch absolute Beschränkung wird freilich die Freiheit aufgehoben; aber daß das völlig Schrankenlose praktisch ganz auf dasselbe hinausgehe, dieß ist eine Einsicht, die nicht blos logisch, sondern auch durch Erfahrung deutlich genug geworden ist. Es handelt sich, wenn Freiheit, oder überhaupt wenn irgend Etwas in der Welt Bestand haben soll, immer um ein Maß, und das Mehr oder Weniger ist nicht so gleichgültig, als es oft scheint; weßhalb wir auch der besondern Betrachtung einiger Maßverhältnisse in der Folge unsere Aufmerksamkeit nicht versagen wollen. Die Natur hat dem Thiere das Maß in der Festigkeit seines Instikts vorgeschrieben, und der Vorzug des freien Selbstbewußtseyns liegt nicht darin, gar kein Maß und keine Schranke zu halten, sondern aus sich selbst und durch seinen eigenen vernünftigen Willen sich Beschränkungen zu setzen, d. h. die Gesetze sollen vernünftig seyn. Das Feste und Bindende der Gesetze muß aber schon durch die sittliche und religiöse Autorität so entschieden dem Unstäten und Widersprechenden der zufälligen Meinung entgegenstehen, als, wenn man die Vergleichung will gelten lassen, der Trieb das Thier in der Bahn erhält. Wenn uns die Aufklärung die schlechten alten Sitten und werthlose Grundsätze genommen hat, so ist es doch jedenfalls um die guten Sitten und moralischen Begriffe und wahrhaft sittlichen Maximen darum schade, wenn sie theilweise mit verloren gegangen sind, weil es lange Zeit bedarf, bis etwas Neues, wenn auch noch so vortreffliches, wieder alt und geltend werden und der Faßungskraft des Volks als Basis und Wahrheit erscheinen kann.

(Fortsetzung dieser rechtsphilosophischen Aufsätze folgt.)

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 46. Karlsruhe den 17. November 1838.

I.

Einiges über den Art. 918 des C. c. und des L. R. — Zweifel gegen die Richtigkeit der Auslegung dieses Art. durch den Cassationsgerichtshof und die Schriftsteller über französisches Recht.

A. Enthalten nach dem Code civ. die in dessen Art. 918 bezeichnete Rechtsgeschäfte in jedem Fall Schenkungen zum Voraus?

Nach Pailliet, Manuel ad h. a. Nr. 2 waren vor dem Urtheil des Cassationsgerichtshofs vom 13. August 1817 die französischen Rechtsgelehrten Maleville, Levasseur und Grenier der Meinung, daß die fraglichen Rechtsgeschäfte wohl als Schenkungen aber nicht als Schenkungen zum Voraus zu betrachten seien. Seit diesem Urtheil wird aber von allen französischen Schriftstellern angenommen, daß es Schenkungen zum Voraus seien. Es besteht indessen noch eine wesentliche Differenz zwischen der Ansicht Toulliers und jener von Chabot, Duranton und Zachariä anderseits, in so ferne, als der erste im Art. 918 nur die Regel, die übrigen aber die Ausnahme erblicken (cf. Nr. 4 weiter unten):

Der Cassationsgerichtshof scheint seine Ansicht lediglich nur auf den Umstand zu gründen, daß im Art. 918 die portion disponible als ein Gegensatz dessen erscheint, was rapportirt werden müsse; wenigstens enthält das angezogene Urtheil keine andere Gründe, und eben so wenig lassen sich aus den citirten Schriftstellern andere entnehmen.

Dem deutschen, durch das Cassationsgericht nicht gebundenen Juristen darf aber die wohlbegründete Autorität des genannten Tribunals nicht in dem Grunde imponiren, daß er die gegen dessen Meinung sprechende bedeutende Gründe nicht in Betracht nehmen dürfte.

Betrachtet man nun den Artikel zuvörderst

1) nach den Aeußerungen derjenigen die bei dessen Abfassung thätig waren, und nach seinem rechtsgeschichtlichen Zusammenhang mit der intermediären Gesetzgebung, so ergibt sich zwar vieles zu Gunsten der angefochtenen Interpretation aus der Äußerung des Tribunen Jaubert — besagend:

Der Gesetzgeber mußte das Loos derjenigen Veräußerungen bestimmen, welche mit der Auflage eines Leibgedinges zu Gunsten eines präsumtiven Erben in gerader Linie stattfinden. Würde man sie für nichtig erklären, so würde man der natürlichen Freiheit zu nahe treten; würde man sie aber unbedingt aufrecht erhalten, so würde man die Interessen der andern Erben einem Rechtsgeschäft aufopfern, welches doch im Grund genommen, in den meisten Fällen nichts anderes ist als eine wirkliche Schenkung. Man distinguirte daher zwei Dinge — die Uebertragung des Eigenthums, und den Werth desselben. Nichts steht im Weg, das Eigenthum demjenigen zu lassen, der es erworben hat, hingegen der Werth dieses Eigenthums ist auf den disponibeln Theil zu rechnen, ohne Rücksicht auf die Gegenleistungen, und der Ueberschuß ist in die Masse einzuwerfen — dieser Mittelweg vereinigt alle Interessen.

Wenn man nun schon aus den aufgestellten Gegensätzen zwischen Werth und Eigenthum schließen möchte, Jaubert spreche sich über die aufgestellte Frage gar nicht aus, so folgt doch aus den letzten Worten, daß Jaubert den Artikel so betrachtete, als wäre darin eine Entscheidung per Bausch und Bogen dahin gegeben, wie sie die französische Praxis vertheidigt.

Allein dieser Autorität — steht die Malevilles entgegen, welcher der hier vertheidigten Meinung ist, und hält ihr wenigstens die Wagschale, denn Jaubert steht gleichfalls nur als Interpret fremder Worte da, während Maleville über die Absicht des Verfassers des Artikels als Mitredacteur besser unterrichtet seyn konnte.

Das Gesetz vom 17. Nivose II hatte die im Art. 918 aufgeführten Uebergaben, seien sie in die Form von Schenkungen oder belasteten Verträgen eingekleidet worden, für nichtig erklärt, wenn sie nicht von den Miterben consentirt waren — und sie im andern Fall in derjenigen civilistischen Eigenschaft aufrecht erhalten, welche ihnen von den Vertragspersonen gegeben worden war.

Der Code nahm ein anderes System; er behielt die Verfügung bei, daß die Acte als belastet gelten, wenn die Miterben beistimmten, er vernichtete aber dieselbe nicht, wenn diese Bedingung fehlte, sondern er erklärte sie in diesem Fall nur für Schenkungen (als indirecte Begünstigungen). Die Schwierigkeiten, die sich dem Gesetzgeber darboten, bestanden nicht darin, wie ein solcher Act, wenn man ihn als Schenkung betrachtet, behandelt werden solle, sondern nur darin, einen Maßstab zu finden mit welchem man ermessen könne, ob in dem einzelnen Act eine Schenkung enthalten sei, oder ein anderer Vertrag, denn alle Acte der Art, ohne Unterschied, können nicht als Schenkungen betrachtet werden, wie auch Jaubert bemerkt. Der Gesetzgeber präsumirte nun, und zwar mit Recht, daß in den im Artikel unterstellten Fällen Schenkungen beabsichtigt werden, wenn der Vertrag nicht unter Mitwirkung der bei der Erbschaft betheiligten zu Stande komme. Hatte er diesen Grundsatz einmal festgestellt, so ergab sich das übrige consequenterweise von selbst. Das Gegebene, und zwar in seiner Totalität, mußte als Geschenk betrachtet werden, oder als nicht-geschenkt. Es lag dann kein Grund vor, das Objekt dennoch nur zu einem Theil als geschenkt zu betrachten, und halb dem Beschenkten für immer zu lassen, halb ihm wieder unbedingt zu nehmen. Der Nothstand auf welchen sich eine derartige Disposition bezöge, war mit und durch Feststellung des Princips beseitigt. Es läßt sich daher aus der Geschichte und dem Grund der Disposition nicht nur nichts zu Gunsten der gegentheiligen Meinung entnehmen, sondern das Princip ist zu Gunsten der hier verfochtenen Meinung.

2) Aber auch dem Wortlaut nach ist in dem Artikel die gegentheilige Meinung nicht begründet, sondern vielmehr widerlegt:

Die betreffende Stelle heißt: La valeur . . . des biens . . . . sera imputée sur la portion disponible, et l'excédant, . . . sera rapporté à la masse. Daraus, daß nun hier gesagt ist, daß der Ueberschuß eingeworfen werden müsse, will man nun auf der andern Seite schließen, daß das übrige nicht eingeworfen werden müsse. Dies ist aber gewiß nicht richtig. Der disponible Theil wird hier nur als Mittel für Umschreibung des Worts reserve im Gegensatz gebraucht. Wenn gesagt ist, ein Theil solle zum Pflichttheil, der andere zum disponible gerechnet werden, so ist damit doch noch nicht gesagt, was mit dem einen und andern Theil weiter geschehen solle, und wenn dies auch in Beziehung auf den einen Theil gesagt ist, so ist es noch nicht in Beziehung auf den andern geschehen. Wenn das disponible demjenigen, welches zu rapportiren sei, entgegengestellt ist, und man aus dem Gegensatz einen Schluß machen will, d. h. folgern will, daß das disponible nicht zu rapportiren sei, so muß man doch vor allem ermitteln, worin denn der Gegensatz bestehe. Wenn nun von einem rapport hier die Rede ist, so ist es doch wohl kein anderer als der zur Ergänzung des Pflichttheils, die reduction des Art. 920, die in Hinsicht auf Art. 843 sqq. doch nur uneigentlich ein rapport genannt wird, und es in der That nicht ist. Stellen nun die Gegner diesem rapport, die portion disponible entgegen, so ergibt sich denn doch aus dem Gegensatz weiter nichts, als daß bei der portion disponible von diesem rapport nicht die Rede seyn könne, keineswegs aber auch, daß bei der portion disponible deßhalb der wahre rapport nicht statt finde, weil etwas anderes, was nur uneigentlich ein rapport genannt wird, bei ihr nicht statt habe. Aus dem Gegensatz folgt also keineswegs, daß die portion disponible gar nicht rapportirt werden müsse, sondern kein Jota mehr, als daß sie dem rapport zur reserve nicht unterworfen sei, was aber schon ohne den Gegensatz klar war. — Ob nun die portion disponible im Sinne des Art. 843 sqq. zu rapportiren sei oder nicht, richtet sich lediglich nach diesen Artikeln — der Erbe muß sie also gleichfalls rapportiren, wenn ihm diese Pflicht nicht entweder sogleich oder später (Art. 919) vom Erblasser nachgelassen wurde, oder er nicht auf die Erbschaft verzichtet.

Daß dies der Sinn des Artikels sei, folgt auch noch aus einer andern Stelle desselben, diese rein nach ihrem Wortlaut betrachtet: Es heißt darin nämlich im 2. Satz; cette imputation et ce rapport ne peuvent être demandés, und hieraus ergibt sich denn aufs klarste, daß nicht nur der rapport, sondern auch die imputation sur la portion disponible von den nicht consentirenden Miterben verlangt werden können. Von einem Verlangen kann man aber doch nur im Interesse des Verlangenden reden, wäre aber die portion disponible für alle Fälle durch den Art. 918 vom rapport (des Art. 843 sqq) befreit worden, so könnte doch im Nachsatz nicht dennoch wieder von einer Aufrechnung des Gegebenen auf die portion disponible zu Gunsten des Miterben die Rede seyn; das Wort imputation stünde in diesem Fall ganz müßig und sinnstörend in dem Nachsatz. Man kann zwar diesem Argument entgegen halten, daß das Wort imputation in dem Nachsatz nur Behufs des Gegensatzes rapport gebraucht sei, allein diese Replik würde durch das Gegenargument beseitigt, daß, wenn dieß der Fall wäre, alsdann den Nachsatz ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale der Vorwurf treffen würde, daß er überflüssig und sinnstörend sei. Die Collateralen haben nämlich wie andere Miterben zwar den rapport des Art. 843 sqq — aber nie einen rapport zu Ergänzung ihres Pflichttheils zu fordern, weil sie an sich keinen Pflichttheil haben; wäre nun das Wort imputation nur zur nä-

dern Bestimmung des letztgedachten rapport gebraucht, und also eigentlich nur von diesem rapport im Nachsatz die Rede, so wären die angeführten Endworte ganz und gar ohne Sinn.

3) Auch die Stellung des Artikels spricht gegen die Ansicht des Cassationsgerichtshofs; unmittelbar nach den Art. 918 fängt nämlich der Art. 919 mit den Worten an: *La quotité disponible* pourra être donnée . . . aux enfens ou autres successibles du donateur sans être sujette au rapport (des Art. 843). . . pourvu que la disposition ait été faite expréssement à titre de préciput . . . Wie kann man nun annehmen, daß man im Angesicht der Regel sich selbst unbewußt und *implicite* eine Ausnahme in den Satz 918 habe einfließen lassen? wie kann man glauben, daß der Art. 919 unter quotité disponible, sich etwas anderes vorstelle, als der Art. 918 unter portion disponible, da sonst beide Ausdrücke ganz gleichbedeutend gebraucht sind?

4) Die Regel des gemeinen Rechts ist gleichfalls für diese Auslegung und gegen den Cassationsgerichtshof: Wenn indirecte Vortheile nach 843, 853 und 854 dem Rückbringen unterworfen sind, so sollen es auch die aus den im Art. 918 bezeichneten Rechtsgeschäften gewonnene Vortheile seyn, denn das Gesetz will sie als Schenkungen betrachtet wissen, obwohl nicht in allen Fällen. Wenn nun das Gesetz auch darüber singuläre Bestimmungen gegeben hat, in welchen Fällen der Act als Schenkung gelten, und in welchem Maß die Begünstigung als vorhanden zu betrachten sei, — welche es in Erwägung der Wichtigkeit und Häufigkeit der Fälle wohl geben mochte — und wenn es auch in der Beziehung, als es eine Art Erbverzicht ausnahmsweise hier gelten läßt, und als es ebenso den Collateralen das Recht zum Rückbringen des Art. 843 sqq. entzieht, die entgegenstehende Regeln des gemeinen Rechts bei Seite setzt, so ist dies alles doch kein Grund die Ausnahmen noch weiter auszudehnen, als sie schon bestehen.

Der consequente Toullier (Ausgabe Tarlier II, 474): findet zwar im Art. 918, wie er ihn auslegt (Schenkung zum Voraus) nur eine Bestätigung der gemeinen Regel, daß nicht jeder indirecte Vortheil conferiet werden müsse, sondern nur der aus einer wahren Schenkung gewonnene indirekte Vortheil, und der in fraudem legis bezogene; allein das, was er für die gemeine Regel ausgibt, ist es nicht. Obgleich er behauptet den Cassationsgerichtshof in diesem Punkt auf seiner Seite zu haben, so sind doch Chabot, Duranton und Zachariä gegen ihn, und die von ihm gebrauchte Argumente sind nicht zu seinen Gunsten. — Der Art. 918 kann ihm natürlich nicht zur Unterstützung dienen, denn wenn er auch den hier vertheidigten Sinn nicht hätte, so ist er doch gewiß viel zu singulär in seiner Beziehung und Stellung, und zu undeutlich gefaßt, als daß er in Collision mit dem Art. 853, 854 und 843 eine Regel begründen könnte; das Wörtchen fraude in 854 hat nicht die wesentliche Stellung, daß es die Regel des Art. 853 und 854 vernichten könnte, die ganz unabhängig von dem Art. 843 ausgesprochen ist, und die Rücksichten, daß die unbeschränkte Regel des Art. 853 und 843 das Entstehen von Prozessen zu sehr begünstige, und häufig mit dem Willen des Erblassers in Collision trete, hätten den Gesetzgeber, nicht aber den Ausleger zu bestimmen.

5) Die Fassung des Art. 918 scheint allein die Controverse veranlaßt zu haben: Klarer wäre es allerdings gewesen, wenn der Artikel geradezu gesagt hätte, der Werth der auf solche Weise veräußerten Güter gilt als geschenkt (wie es Art. 45 des niederländischen Gesetzes über die Testamente gethan hat), indessen ist aus diesem Umstand nicht die Einwendung zu besorgen, daß, wenn der Artikel nicht den vom Cassationsgericht angenommenen Sinn hätte, er gewiß anders redigirt worden wäre, denn man würde sie dem Gegner zurückgeben, da es ebensowohl im Interesse der gegentheiligen Meinung liegen würde, und es ebenso kurz hätte geschehen können, wenn der Gesetzgeber gesagt hätte „gilt als zum Voraus — geschenkt".

Hienach möchte nun nach dem französischen Text die Behauptung nachgewiesen seyn, daß der Art. 918, im ersten Satz, weder ausdrücklich noch implicite einen Voraus statuire, und daß sonach die dahin gehörigen Acte in Beziehung auf Einwerfung und Pflichttheil als Schenkungen zu betrachten seien.

B. Nach dem badischen Landrecht scheint die Entscheidung noch schwieriger als nach dem Cod. civ. In der Beziehung ist vor allem zu bemerken, daß unsere Uebersetzung das Wort aliénés mit „übergeben" übersetzt, daß es die Worte sera mputée sur la portion disponible, und imputation gar nicht übersetzt, dem ohngeachtet aber die Schlußworte dans aucun cas etc. beibehalten hat. Man kann nun hieraus folgern, daß der Gesetzgeber dadurch, daß er bei derartigen Uebergaben dasjenige für rückbringlich erklärt, was den Freitheil übersteige, den Freitheil von der Einwerfung des Art. 843 sqq. habe befreien wollen, und daß (wegen des Worts „übergeben") nur Vermögensübergaben unter der Disposition dieses Artikels stünden, für welche letzte Meinung Brauer ad 918 sich auch erklärt hat. In der ersten Beziehung würde man sich also mit der französischen Jurisprudenz und Doc-

trin vollkommen vereinigen, in der andern ihr geradezu entgegentreten. Man könnte für diese Meinung auch noch den §. 1 des EE. anrufen, welcher den Gebrauch jeder andern Uebersetzung, als der in dem L. R. gegebenen, dem Richter untersagt.

Allein trotz allem dem glaube ich, daß der L. R. S. 918 nach einer richtigen Behandlung ganz dasselbe Resultat gewähren werde, wie der Art. 918 des C. c. —

Der §. 1 des EE. steht der Berücksichtigung des Grundtextes nicht im Weg; er bezieht sich nicht auf eine Vergleichung des Grundtextes mit dem Gesetzbuch durch den Richter im einzelnen Fall, sondern auf Uebersetzungen die von Dritten herkommend, im Voraus bearbeitet sind, und das Ganze des französischen Cod. Nap. umfassen. So wurde er bisher immer verstanden und angewendet, und die andere Deutung desselben würde in sehr vielen Fällen einer wissenschaftlichen Behandlung des Gesetzbuchs zu enge Grenzen setzen, während eine solche doch nicht nur in der Absicht des Gesetzgebers selbst liegt, sondern auch von ihm ausdrücklich gefodert wird (4 a L. R. S.) Man muß also den Grundtext mit dem Art. 918 vergleichen, und dann ergibt sich dasselbe Resultat wie nach dem Grundtext selbst, denn die Verschiedenheiten, die zwischen beiden bestehen, sind weder nach dem Wortlaut noch nach dem Inhalt so wesentlich, daß daraus ein abweichender Sinn gefolgert werden dürfte. Das sera imputée ꝛc. ist nach dem französischen Text überflüssig, denn es folgt von selbst, daß dasjenige, was nicht zur reserve gehört — zum disponible zu zählen ist; es konnte also in der Uebersetzung ohne eine Aenderung in der Sache selbst bewirken zu wollen, weggelassen werden. Daß übrigens hier nur vom Einwerfen zu Ergänzung des Pflichttheils die Rede ist, ergibt sich aus den Worten der Uebersetzung. Auch hier kann daraus, daß der Artikel nur von der Einwerfung zu Ergänzung des Pflichttheils spricht, nicht geschlossen werden, daß er in den fraglichen Fällen die Einwerfung zu einem ganz andern Zweck — zur Gleichstellung unter den Miterben — erlasse. Es könnte nur ein anderer Zweifel aus der Fassung des L. R. S. entstehen, nämlich der, ob überhaupt das Ganze als Geschenk betrachtet werden solle, und nicht vielmehr nur dasjenige, was auf den Pflichttheil nöthig ist. Der Zweifel muß sich aber geben, wenn man erwägt, daß überhaupt nur solche Verfügungen, welche Schenkungen enthalten, der Reduction unterworfen werden können, und daß also auch aus dem Umstande, daß etwas der Reduction unterworfen wird, geschlossen werden muß, daß das Gesetz dies so betrachtet wissen wolle, als ob es eine Schenkung enthalte (L. R. S. 920), auf welches Argument auch die französische Jurisprudenz ihre Behauptung gründet, daß in dem Art. 918 Schenkungen (zum Voraus) vom Gesetz angenommen werden. Abgesehen davon würde aber auch die Regel des Art. 843 und 853, die für diesen Fall nicht ausdrücklich beschränkt ist, im Zweifel immer ihr Recht noch geltend machen.

Die andere Abweichung unseres Textes in dem Wort „übergeben" kann die Auslegung Brauers, wonach nur Vermögensübergaben unter dem L. R. S. begriffen wären, nicht rechtfertigen — denn einmal ist das Wort „übergeben" nicht das technische für den Act einer Vermögensübergabe, zum andern würde in dieser Annahme der Zweck des L. R. S. 918 gänzlich vereitelt. Er ist nämlich nicht gemacht, um zu erklären, daß Schenkungen — belastete oder unbelastete — eingeworfen werden sollen — nein, denn diese müssen schon nach andern Gesetzesstellen ohne Zweifel eingeworfen werden — sondern um den Erben auch gegen Scheinhändel, gegen solche wirkliche Schenkungen zu sichern, welche vom Erblasser, absichtlich oder nicht, in die Form von nicht freigebigen Verfügungen eingekleidet worden wären. Da nun die Vermögensübergaben, auch wenn sie belastet sind (L. R. S. 1100 b a) nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nichts anderes sind, als Schenkungen, so wäre nach der Auslegung Brauers der Artikel nicht nur überflüssig, sondern es würde auch der aus ihm selbst und aus der Geschichte seiner Entstehung zu entnehmende Zweck nicht erreicht werden. Das Wort „übergeben" kann daher gleichfalls keine Aenderung bewirken. — Der Art. 1100 b c steht der hier vertheidigten Meinung nicht im Weg, denn er spricht nur von dem, was der Act dem Erblasser gegenüber ist — im Art. 918 wird aber der Act, ganz abgesehen davon als was er dem Erblasser gegenüber war, rein in Beziehung auf den Erben in Betracht genommen, und danach hilft kein anderes Mittel dem Uebernehmer, um sich vor der Einwerfung zu schützen, als Uebereinstimmung der Miterben.

Die Endworte „noch irgend einige Erbverwandte" ꝛc. ꝛc. sind nach der Fassung der Uebersetzung ganz müssig, und können weder von der einen noch von der andern Meinung benutzt werden.

Hienach, und nach den schon ad A angeführten weitern Gründen möchte nun der L. R. S. 918 keinen andern Sinn haben als der entsprechende Satz des C. c. —

Keller.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 47. Karlsruhe den 24. November 1838.

I.

Großer Diebstahl mit Einsteigen.

(Verurtheilung auf Indicien.)

In der Nacht vom 6. November 1837, muthmaßlich zwischen 7 und 11 Uhr, wurde in der Mühle des Johann Groskinsky zu Obrigheim eine baare Geldsumme von beiläufig 6200 fl. nebst vielen Effekten entwendet. Diese Mühle, welche am äußersten Ende der sogenannten Mühlgasse steht, ist von Gärten umgeben, durch welche mittelst eines Kantels das Wasser zur Mühle geleitet wird. Im obern Stock derselben sind zwei Zimmer; ein Eckzimmer mit dem einen Fenster auf das vor der Wohnung befindliche Gärtchen und mit dem anderen auf den Hof. In diesem Zimmer steht ein neuer Kleiderschrank. Das andere Zimmer, worin eine Kommode und eine Truhe steht, geht mit beiden Fenstern unter welchen sich der Hauseingang befindet, auf den Hof. Das Fenster im Garten ist 12′ vom Boden erhaben, während die Höhe der in den Hof gehenden drei Fenster 15′ beträgt.

Bei dem am 7. November durch eine amtliche Comission vorgenommenen Localaugenschein bemerkte man an dem einen Fenster über dem Hauseingang außen an der weißen Riegelwand zwei Flecken von getrocknetem weißlichen Straßenkoth, wie beim Steigen mit der Fußspitze zurückgelassen und am äußern Fenster eben so. Die Fensterrahme war ½″ breit frisch abgeschleift, wie wenn da etwas schweres an einem Seil oder Strick herabgelassen worden wäre. Gerade darunter auf dem Boden im Hofe zeigten sich Fußstapfen von verschiedener Größe, wie von Stiefeln herrührend, die am Absatz mit Eisen und vorn mit Nägeln beschlagen waren. Gleiche Tritte fanden sich hundert Schritte von der Mühle in den Gärten und außerhalb des Dorfes bis zur Neckarbrücke hin, in deren Nähe eine dem Müller gehörige Mistgabel gefunden wurde. Oberhalb des Ortes in den sogenannten Gießäckern fand ein Bürger von Obrigheim einen Schmalzhafen, eine nicht geladene Pistole und zusammengebundene Stricke, welche dem Müller gehörten. Zugleich entdeckte der Zeuge an der genannten Stelle mehrere Fußstapfen und Knieeindrücke, in deren Mitte sich eine große Dalle befand, wie wenn drei Menschen im Kreise herumgekniet und etwas zwischenhinein gestellt hätten.

Nach Angabe des Damnifikaten waren diese Gegenstände in dem ganz nach dem Hof gehenden obern Zimmer aufbewahrt. Am 8. November wurde unweit Diedesheim auch noch ein neuer Hakenschlüssel gefunden, welcher die in dem eben gedachten Zimmer befindliche Kommode öffnet.

Zur Begehung des Diebstahls scheint mit Vorbedacht gerade der Tag gewählt worden zu seyn, wo man sich in Obrigheim den Freuden der Kirchweihe überließ. An jenem Abend nach 6 Uhr begaben sich die beiden Söhne und die Tochter des Müllers zur Musik und kamen erst gegen Mitternacht wieder nach Haus zurück. Die in der Mühle zurückgebliebenen Personen hatten sich schon vor 9 Uhr zur Ruhe begeben. Der Müller, dessen hochbejahrte Schwester und ein altes Männchen schliefen unten in der Wohnstube; die Müllerin dagegen schlief im obern Stocke, jedoch in einem hinteren Zimmer gegen die Gärten zu. Die Mühle war stillgestanden. Nach Mitternacht wollte Damnifikat wieder Wasser auf dieselbe lassen; weil aber das Werk nicht ging, so rief er seine beiden Söhne, um zu sehen, wo es fehle. Als sie mit einander eine kleine Strecke am Kantel hinaufgekommen waren, fanden sie theils in diesem selbst, theils daneben viele Kleidungsstücke und andere ihnen gehörige Effekten, wodurch das Wasser abgewendet worden. Nun ist der Müller — wie er sich ausdrückt — in den Tod erschrocken, weil er besorgt, daß auch sein Geld fort seyn möchte. Er ließ seinen Sohn Martin bei den Sachen zurück und eilte mit dem andern in die Mühle, um im obern Stock nach dem Gelde zu sehen. Weil er jedoch das nach dem Hof gehende Zimmer verriegelt fand, so stieg er auf der Leiter, welche wie gewöhnlich im Hof gelegen, in das Eckzimmer ein, um von da durch die Zwischenthüre in das andere Zimmer, worin das Geld gewesen, zu gelangen. Hier fand er aber die Thüre zugeschlenkt, den Kleiderschrank

geöffnet, und die Leiste, an der sich die Thürflügel schließen, abgerissen, auch den obern Riegel ausgezwängt. Bei dem Augenscheine gewahrte man außerdem an dem einen Thürflügel frische Eindrücke, welche von Anwendung eines Meisels herzurühren schienen.

Der Sohn stieg nunmehr in das andere Zimmer und öffnete die Zwischenthüre, wo sich dann zeigte, daß an der von der Mühle in dieses Zimmer führenden Thüre der Riegel innen vorgeschoben, die Kommode geöffnet und ausgeleert, deßgleichen aus der neben der Thür stehenden Truhe, wozu der Schlüssel gesteckt, das Geld entwendet war.

Den Schlüssel zur Kommode, worin jener zur Truhe gelegen, hatte die Müllerin bei sich gehabt. Die Diebe müssen also — wie man glaubte — die Kommode, welche unverletzt gewesen, mit einem Diebsschlüssel geöffnet und daraus den Schlüssel zur Truhe genommen haben.

Das größtentheils aus Kronenthalern, zum Theil auch aus preußischen und sächsischen Thalern u. dergl. bestandene Geld, welches der Bestohlene seit Jahren gesammelt hatte, um seine Tochter auszusteuern, war in einem weißen etwa 2 Schuh langen und nicht gar wie ein Mantelsack weiten Sack zusammengefüllt und 138 Pfund schwer; denn er hat es etwa 6 Wochen vorher noch gezählt und abgewogen, sofort das Gewicht mit der Kreide an die Stubenthüre geschrieben. Seinem Vermuthen nach müssen die Diebe das Geld mit Stricken hinabgelassen haben, da sie es auf der Leiter nicht wohl hätten hinunterbringen können.

Außer dem Gelde sind, theils aus dem Schrank, theils aus der Kommode, noch viele andere Gegenstände, als Betten, Kleider, Weißzeug rc. zusammen 54 Stücke, im Werthe von 121 fl. 26 kr., entwendet worden, die sich jedoch größtentheils wieder vorgefunden haben. Wahrscheinlich behielten die Diebe nur solche Sachen, in welche sie das Geld nach der Vertheilung einpacken und weiter bringen konnten.

Niemand in der Mühle hatte um die Zeit, in welcher das Verbrechen verübt worden seyn mag, ein Geräusch oder Gerumpel vernommen. Die Thäter konnten daher auch nicht sogleich verfolgt werden. Man kam ihnen jedoch alsbald auf die Spur. Als der That verdächtig wurden die in der ganzen Umgegend gefürchteten Brüder Georg Simon und Andreas Götschenberger von Kazenthal, welcher Ort drei Stunden von Obrigheim entfernt ist, und Peter Ehrmann von Obrigheim eingezogen. Ueberdieß wurde dem Amte Mosbach von dem königlich würtembergischen Oberamtsgerichte Hall in einem Schreiben vom 17. November 1837 angezeigt, daß dort ein gewisser Georg Fritz, Schafknecht von Tollnaishof (im Amte Adelsheim) mit einer bedeutenden Summe Geldes aufgegriffen worden und es möglich sei, daß dieser sehr berüchtigte Pursche bei dem Obrigheimer Diebstahl mitgewirkt habe. Dieser Verdacht bestärkte sich in Kurzem so sehr, daß die Untersuchungsbehörde die ihr angebotene Auslieferung des Georg Fritz begehrte, um auch gegen diesen Inkulpaten zu procediren. Nachdem die Akten bereits an das großherzogliche Hofgericht eingesendet waren, fand Fritz Gelegenheit, aus dem Gefängnisse zu entweichen. Er kam abermals ins Würtembergische und zwar nach Züttlingen, wo er sich betrunken, viel Geld ausgegeben und durch das Verlieren eines von seinem Vertheidiger an ihn geschriebenen Briefes verrathen hat, daß er wegen Diebstahls in Untersuchung stehe. Fritz wurde daher wieder an das Amt Mosbach zurückgeliefert, wo er sich jetzt verrückt stellte und an das Hofgericht gebracht zu werden verlangte. Am 14. September d. J. erging das hofgerichtliche Erkenntniß, welches den oben genannten Inkulpaten des fraglichen Diebstahls für schuldig erklärt und zu zehnjährigem Zuchthaus verurtheilt, die übrigen drei Angeschuldigten hingegen klagfrei spricht.

Entscheidungsgründe. Nach der eidlichen Angabe des Müllermeisters Johann Groskinsky in Obrigheim ist demselben in der Nacht vom 6 — 7. November 1837, während ein Theil seiner Familie auf der Kirchweih war, aus dem zweiten Stockwerk seines Mühlgebäudes ein Sack mit 6150 — 6200 fl. Geld — größtentheils in Kronenthaler bestehend — aus einer daselbst befindlichen Truhe, und eine Anzahl von andern Fahrnißgegenständen — im Werth von 121 fl. 26 kr. aus einer mit einem Schlüssel geöffneten Kommode und zum Theil aus einem erbrochenen Schranke entwendet, von diesen Fahrnissen jedoch ein großer Theil an verschiedenen Orten wieder aufgefunden worden.

Diese Angabe durch das eidliche Zeugniß der Schwester des Damnifikaten Joseph Gärtners Wittwe, seines Sohnes Johann Melchior Groskinsky und mehrerer anderer Personen, welche von den entwendeten Fahrnissen am andern Tage auffanden, so wie durch den richterlichen Augenschein am Orte der That unterstützt und später durch das außergerichtliche Geständniß eines der Thäter bestätigt worden.

Das Auffinden der dem Damnifikaten gehörigen Leiter im Hofe, mehrere Spuren an der Wand und an dem Fenster, so wie unten am Boden, lassen keinen Zweifel übrig, daß die Diebe von außen in den 15 Fuß hohen zweiten Stock eingestiegen sind und den schweren Sack mit dem Gelde an einem Stricke oder Seile heruntergelassen haben.

Dieser Entwendung verdächtig wurden die vier im Urtheil genannten Individuen in Untersuchung genommen, und das Ergebniß war Folgendes:

I. In Beziehung auf den Inkulpaten Gg. Fritz.

Georg Fritz, welcher bereits wegen vieler Vergehen und Verbrechen in Untersuchung war, ist

1) wenige Tage nach dem Obrigheimer Diebstahl in der würtembergischen Oberamtsstadt Hall verhaftet worden, hatte

gleich bei seiner Verhaftname seinen wahren Namen zu verheimlichen gesucht und sofort zu erdichteten Angaben seine Zuflucht genommen, wo er sich die letzten Tage aufgehalten, so daß er später genöthigt war, seine Angaben selbst wieder zurückzunehmen. Während er nämlich die letzten Wochen über dem Rhein zugebracht haben wollte, ergab sich, daß er seit seiner Entlassung aus dem Zuchthause zu Bruchsal planlos umhergezogen war, wie sich aus der eidlichen Angabe des Brigadier Kirchbauer ergibt, der ihm am 31. Oktober 1837 bei dem Wimmershof im Amte Adelsheim begegnet war.

Insbesondere ergab sich,

2) daß Inkulpat am Tage vor der Entwendung — anstatt in Landau — vielmehr — in dem nur zwei Stunden von Obrigheim entfernten Orte Sulzbach war, daselbst von Nachmittags zwei Uhr bis den andern Morgen um neun Uhr verweilte und sodann sich in einer Richtung entfernte, welche ihn nach Kazenthal zu den — der Theilnahme an dem Obrigheimer Diebstahl dringend verdächtigen Inkulpaten Götschenberger führen konnte, wie er denn auch später dem Friedrich Feuchter erzählte, daß er an jenem Tage mit den Letztern zusammenkam.

3) Ueber seinen Aufenthalt in der Nacht des Diebstahls konnte er sich nicht nur nicht ausweisen, sondern nahm zu der handgreiflichsten Lüge seine Zuflucht. Ueberwiesen, daß er in jener Nacht nicht in Speyer war, wie er früher behauptet hatte, erklärte er nämlich, daß er sich in dem Weihtagswalde verirrt und dort die Nacht zugebracht habe, während er doch von dem nahen Sulzbach her noch am hellen Tage in jenen Wald kam, während jener Wald licht und nur ½ bis ¾ Stunden breit ist und ein breiter Weg hindurchführt, während Inkulpat nach eigenem Geständniß in jener Gegend bekannt ist und in damaliger Jahreszeit der Boden naß und die Nacht kalt war, während endlich Inkulpat dem Untersuchungsrichter nicht widersprach, daß am nächsten Morgen, wo er in verschiedenen Orten einkehrte, seine Kleider keine Spur zeigten, daß er die Nacht auf die angegebene Weise zugebracht hatte.

4) Vor dem Obrigheimer Diebstahl war Inkulpat ohne Beschäftigung und ohne Mittel: als er nämlich am 31. Oktober 1837 dem Brigadier Kirchbauer begegnete, klagte er demselben seine Noth, und sein ärmliches Aussehen bestätigte die Klage, wie er denn bei seiner Entlassung aus dem Zuchthause weiter nichts als die geringe Ersparniß von 8 fl. 40 kr. auf den Weg erhalten hatte: auch später erzählte er dem Friedrich Feuchter, daß es ihm damals sehr übel gegangen sei, und am Abend vor dem Obrigheimer Diebstahl hatte er im Wirthshaus zu Sulzbach, während die ledigen Pursche den Vorabend der Kirchweihe feierten, bloß wenige Kreuzer für Suppe und Wein verzehrt, ohne daß die Wirthin — Löwenwirth Egners Wittwe — weitere Mittel bei ihm wahrnehmen konnte.

Gleich am Morgen nach dem Obrigheimer Diebstahl war Inkulpat reichlich mit Geld versehen und fing sogleich an, seinem früherhin bewiesenen Hang zur Verschwendung freien Lauf zu lassen, indem er Geschenke machte, zechte und andere bewirthete, kostbare Kleider, eine Uhr, Kette und Mantelschloß kaufte, und auf diese Weise in drei bis vier Tagen gegen 70 fl. ausgab.

5) Ueber den Erwerb dieses Geldes konnte sich Inkulpat nicht ausweisen, sondern verwickelte sich in offenbare Unwahrheiten und Widersprüche. Er will nämlich die bedeutende Summe Geldes, welches bei ihm bei seiner ersten und zweiten Verhaftnahme gefunden wurde, und welches er schon davon verwendet hatte, durch Ersparniß zusammengebracht und seit 1834 vergraben gehabt haben.

Allein in Betracht, daß Inkulpat, der sein halbes Leben im Straf- oder Untersuchungsverhaft zugebracht und von jeher verschwenderisch gelebt, auch die kleine Schuld bei seiner Schwester, Heinrich Streckers Ehefrau, ungeachtet öfterer Mahnung nicht bezahlt hatte, von seinem Verdienst als Schafknecht eine solche Summe nicht erspart haben konnte;

daß Inkulpat das Geld bald bei Adelsheim, bald bei Sennfeld begraben haben will, während sich bei ersterem Orte in der angegebenen Richtung keine solche Mauer befindet, daß er zu der Zeit, wo er es begraben haben wollte, im Untersuchungsarrest war, oder doch nach seiner damaligen Angabe an andern Orten sich aufgehalten hatte; daß das Geld keine Spuren von der Art zeigt, daß es bis auf die jüngste Zeit an einem freien Ort begraben seyn konnte; daß Inkulpat an mehreren Orten erklärte, das Geld gehöre einem Herrn, für den er Hämmel einzukaufen habe, daß endlich Inkulpat, während er das Geld bis dahin so sorgfältig verborgen haben wollte, solches jetzt plötzlich offen in den Taschen trug, bis ihm Wirth Jakob Vogel in Widdern freiwillig ein Säckchen anbot, um es nicht zu verlieren, und daß er sich jetzt auf einmal seines Geldes rühmte, einen Handel anfangen, ein Haus kaufen wollte ꝛc.

Bei allen diesen Umständen ist es, auch abgesehen von den oben berührten Bekenntnissen seiner Dürftigkeit bei Brigadier Kirchbauer und Friedrich Feuchter, durchaus unglaublich, daß Inkulpat dies Geld erspart und vergraben haben konnte. Dazu kommt aber,

6) daß das bei dem Inkulpaten vorgefundene Geld aus lauter solchen Münzsorten bestand, wie dasjenige, welches in Obrigheim bei Müllermeister Groskinsky entwendet wurde, und daß es sogar von dem letztern, noch bestimmter aber von dessen Schwester Joseph Gärtners Wittwe und dessen Sohn Johann Melchior Groskinsky als von ihrem Geld herrührend eidlich anerkannt wurde: wenn auch ein solches

Anerkenntniß an sich nicht verläßig ist, so tragen doch mehrere Münzen Kennzeichen, welche das Anerkenntniß möglich machen, und jedenfalls ist die Uebereinstimmung der Münzsorten in Verbindung mit allen übrigen Umständen hinreichend, um eine hohe Wahrscheinlichkeit zu begründen, daß solche von dem entwendeten Gelde herrührten.

7) Vor dem Diebstahl in Sulzbach erinnerte sich die Wirthin nicht, an dem Inkulpaten einen bösen Fuß bemerkt zu haben; nun hatte aber Inkulpat dort einen halben Tag und eine ganze Nacht ausgeruht, am andern Tage nach einem kleinen Marsch von drei bis vier Stunden die ganze Nacht im Wald gelegen und den andern Morgen nach dem Diebstahl war er plötzlich mit einem Fußübel behaftet und mußte seine Stiefel ablegen, was darauf hindeutet, daß er die Nacht über viel oder in unwegsamer Richtung gelaufen war, wie er denn später seiner Schwester und seinem Schwager bei Erzählung des Diebstahls unter andern bemerkt hatte, was sich ohnehin von selbst versteht, daß nach der Theilung des Geldes sich jeder in verschiedenen Richtungen mit seinem Antheile davon gemacht habe.

8) Nach der That begab sich Inkulpat — zum Theil mittelst einer Fuhr — geradezu hinüber ins Würtembergische, dessen Wiederbetretung ihm bei Strafe untersagt war, während er doch, wenn er eine so bedeutende Summe Geldes mit Recht besaß, sich im Badischen hätte fortbelfen oder wenn er im Würtembergischen vorübergehende Geschäfte hatte, sich dazu vorher die Erlaubniß hätte auswirken können. Statt dessen setzte er sich der sofort auch erhaltenen empfindlichen Strafe aus, die er um so sicherer zu befürchten hatte, weil er bereits früher nicht nur darauf aufmerksam gemacht, sondern schon einmal bestraft worden war, woraus sich ergibt, daß Inkulpat auf jede Gefahr hin schleunig aus dem Badischen zu kommen strebte.

9) Daß er nicht aus einem redlichen Beweggrunde in's Würtembergische zu kommen suchte, beweist sein Benehmen auf der ganzen Reise: während er nämlich, wenn er dort mit redlichem Geldbesitz eine Bestimmung gesucht hätte, keinen Grund hatte, seine Absichten zu verheimlichen, erschöpfte er sich in lügenhaften Vorgaben, woher er komme, wohin er wolle, bei welchem Herrn und an welchen Orten er in Diensten stehe, daß das Geld bald einem seiner Herrn, bald ihm selbst gehöre, daß er mit Hammeln handle, dann wieder, daß er ein Haus kaufen wolle, bald daß er wieder zurückkomme, bald daß er mit einem Herrn zusammentreffe ꝛc., und wie verdächtig sich Inkulpat hierdurch darstellte, hat er selbst dadurch bekräftigt, daß er anfänglich seine Einkehr in den fraglichen Orten zu verheimlichen gesucht hatte.

10) Diese Verdachtsgründe werden durch die Umstände unterstützt, womit seine Entweichung aus dem Untersuchungsverhaft begleitet war. Während der Untersuchung hatte nämlich Inkulpat behauptet, das bei ihm gefundene und bis dahin ausgegebene Geld sei alles, was er vergraben gehabt habe, während er bei der Elisabethe Mehrer geäußert, das Geld, welches er damals bei sich hatte, sei noch nicht alles, und er habe noch mehr vergraben; während er ferner bei seiner Schwester angegeben, er habe für seinen Antheil am Diebstahl 600 fl. erhalten und den größten Theil vergraben. Letzteres Geständniß wird nun dadurch bekräftigt, daß Inkulpat nach seiner Entweichung alsbald wieder mit einer bedeutenden Summe Geld versehen war, ohne daß er im mindesten nachweisen konnte, woher er dasselbe bekommen. Denn daß er eine solche Summe Geldes im Wamms eingenäht hatte, ist eine ebenso augenscheinliche Erdichtung, als daß er die nach der Flucht angehabten Kleider von einem Fuhrmann zum Geschenk erhalten habe.

Dabei ist bemerkenswerth, daß Inkulpat im Wirthshaus zu Züttlingen sich seines Geldes zu entledigen suchte: denn wenn auch das allgemeine Gerücht, daß er vor dem Hause, wo er umfiel, Geld weggeworfen habe, nicht durch speziellere Zeugnisse unterstützt ist, so gibt doch Inkulpat selbst zu, daß er im obern Stock mehrere Kronenthaler weglegte, während er nicht in dem Grad betrunken war, daß sich dieß damit erklären ließe.

11) Besonders sprechen aber gegen den Inkulpaten seine außergerichtlichen Geständnisse; daß man ihm überhaupt solche Geständnisse zutrauen kann, beweist sein ganzes Benehmen, indem er allenthalben, wo er hinkam, ohne besondern Anlaß seine Verhältnisse zum Besten gab und von Peter Kailbach, der ihn schon lange kennt, bezeugt wird, daß Inkulpat ein Mensch sei, der nichts verschweigen könne.

a) Schon am Abend nach dem Diebstahl hatte Inkulpat auf dem Schusterhof, als er mit der Elisabetha Mehrer allein in der Stube war, derselben zwei Taschen voll Geld mit der Aeußerung gezeigt: „O Mädle, da sein wir aber nahe gekommen!“ und beigefügt: „das ist noch nicht alles, ich habe noch mehr vergraben“, und daß sowohl Inkulpat als die Zeugen hierunter nichts anderes verstanden, als daß das Geld gestohlen sei, beweisen die weitern Reden und Gegenreden. Wenn nun auch dieses Geständniß des Inkulpaten nur durch die eidliche Aussage dieser Zeugin bestättigt ist, so wird ihre Angabe doch durch die weiteren Zeugnisse, wonach Inkulpat auch anderwärts Bekenntnisse abgelegt hat, unterstützt, nämlich

b) durch die eidlichen selbst dem Inkulpat unter das Gesicht behaupteten Angaben seines Schwagers Heinrich Strecker und seiner Schwester der Ehefrau des Letztern. Inkulpat wendet zwar gegen seinen Schwager ein, daß er ein schlechter Mann sei, und gegen Beide, daß sie ihm Feind seien, weil er seine Schuld nicht ganz bezahlt habe;

Allein die erstere Behauptung ist nicht erwiesen und wenigstens hat Inkulpat seiner Schwester keinen solchen Vorwurf machen können; und daß beide wegen des angegebenen Umstandes dem Inkulpat abgeneigt seyn sollen, ist um so weniger glaubhaft, als Inkulpat so lange bei ihnen verweilte, deren Kinder beschenkte, sofort von seinem Schwager noch bis zum nächsten Ort, wobei dieser ihm den Pack trug, begleitet wurde: auf allen Fall ließe sich nicht einsehen, warum diese Verwandte aus einem solchen Grunde den Inkulpat eines so schweren Verbrechens anschuldigen sollten.

Außerdem tragen deren Aussagen das unverkennbare Gepräge der Wahrhaftigkeit an sich: denn anfänglich hatten beide versucht, den Aufenthalt des Inkulpaten in ihrem Hause und dessen Geständniß zu verheimlichen; sodann stimmten sie, obgleich sie getrennt vernommen wurden, dennoch in ihren Aussagen genau überein; und endlich ist es kaum denkbar, wie dieselben schon am zweiten Tage nach der That in einer so großen Entfernung im Auslande, zu einer Zeit, wo der Obrigheimer Diebstahl dort nirgends bekannt war, alle Umstände so genau hätten wissen können.

Dafür spricht besonders, daß Inkulpat auf wiederholtes Befragen bei dem Oberamtsgericht Hall nicht nur den Besuch zu verschweigen, sondern sogar in Abrede zu stellen suchte, daß er Verwandte in Mosbach habe, wozu er einen besondern Grund haben mußte, nachdem er einmal im Besitz von Geld arretirt und außer dem abgelegten Geständniß nichts mehr zu verheimlichen war.

Dieses Geständniß des Inkulpaten stimmt aber mit dem Obrigheimer Diebstahl in allen Umständen überein; es stimmt namentlich darin überein, daß der Bestohlene ein Müller sei, der eine große Tochter habe, die er mit dem Geld habe aussteuern wollen; daß der Diebstahl von mehreren Dieben zusammen und daß er mittelst Einsteigen in den zweiten Stock der Mühle auf einer Leiter und zwar während der Kirchweihe verübt, daß dabei auch ein Schrank aufgebrochen, das in einem Sack verwahrte Geld am Fenster mit einem Strick herabgelassen, und außer dem Ort auf dem Boden getheilt wurde; daß anfänglich auch noch andere Sachen insbesondere Kleider mitgenommen, sodann aber wieder zurückgelassen wurden; daß das Geld in beiläufig 6000 fl. bestanden 2c. Alle diese Thatsachen sind nämlich auf andere Weise als richtig hergestellt.

Hierdurch hat aber Inkulpat eingekannt, daß er bei dem Diebstahle thätig mitwirkte und einen Antheil von 600 fl erhielt. — Dazu endlich

c) die außergerichtliche Aeußerungen des Inkulpaten bei Frederich Feuchter. Nach Aussage dieses Zeugen hatte Inkulpat demselben vertraut: „Er sei zu Kazenthal in das Haus desjenigen gekommen, der mit ihm im Korrektionshaus in Bruchsal gewesen — Fremde allein konnten es nicht gethan haben, es müsse einer aus dem Ort dabei gewesen seyn — ob die einsitzenden von Katzenthal nicht Kätzenberger hießen? — Die zwei Kazenthaler und der Obrigheimer hätten den Schatz schon lange im Auge gehabt, hätten aber die Gelegenheit der Kirchweihe abgepaßt. — Sie hätten auf einem Tuch getheilt, er Inkulpat habe aber weniger bekommen, als die andern 2c.

Diese Umstände stimmen mit andern Ergebnissen der Untersuchung genau überein, insbesondere damit, daß die beiden Inkulpaten Götschenberger von Kazenthal der Mitwirkung an dem Diebstahle dringend verdächtig sind; daß der eine derselben wirklich schon mehrere Tage zuvor in Obrigheim gesehen wurde; daß beide mit dem Inkulpaten P. Ehemann daselbst verdächtige Zusammenkünfte hatten; daß Inkulpat Fritz wirklich zu gleicher Zeit mit Andreas Götschenberger im Bruchsaler Zuchthaus saß; daß Fritz sich über seinen Aufenthalt in der Nacht des Diebstahls nicht auszuweisen vermochte und daher von dem nahen Sulzbach aus eine Zusammenkunft mit den Uebrigen in Kazenthal gehabt haben konnte 2c.

Ist nun auch Friedrich Feuchter eine sehr übelberüchtigte Person, so sind doch seine Angaben theils eben wegen dieser Uebereinstimmung mit andern Umständen, die er zum Theil nur von einem Betheiligten erfahren haben konnte, theils besonders deßhalb glaubhaft, weil sie durch den Gefangenwärter Greßler, welcher ohne Wissen Feuchters die Unterredung mit anhörte, theilweise bestättigt wurde. Endlich

12) hat Inkulpat sich bereit erklärt, vor dem großherzoglichen Hofgerichte alles anzugeben, wenn ihm dort seine Akten vorgelesen würden, womit er wohl nur die Ablegung eines Bekenntnisses gemeint haben kann, da sich nicht absehen läßt, was er sonst noch anzugeben haben sollte.

In Erwägung, daß Inkulpat Georg Fritz Kraft dieser gegen ihn streitenden Beweise der Mitwirkung an dem zu Obrigheim bei Müllermeister Groskinsky verübten Diebstahl als überwiesen zu betrachten ist;

In Erwägung, daß dieser Diebstahl von Mehreren in verabredeter Gemeinschaft, sowie daß er mittelst Einsteigens und Einbrechens jedoch in der Art verübt wurde, daß beim Einsteigen die eigene Leiter des Bestohlenen als zufällig aufgefunden anzunehmen und nicht erwiesen ist, daß der Einbruch des Schrankes mittelst eines zur Gegenwehr geeigneten

Werkzeugs verübt wurde, sowie es auch am hinlänglichen Beweise fehlt, daß zur Oeffnung der Kommode oder Truhe Diebsschlüssel angewendet wurden;

In Erwägung, daß Inkulpat Fritz bereits durch hofgerichtliches Urtheil vom 22. September 1835 des dritten Diebstahls für schuldig erkannt worden ist;

nach Ansicht der hier maßgebenden §§. 78 und 77 des Strafedikts in Vergleich mit der höchsten Staatsministerialverfügung vom 8. Februar 1821, sodann des §. 74 und der Erläuterungen v. J. 1812 §. 70, 71 und 72, sowie des §. 19 des Strafedikts in Betreff der Kosten wurde, wie geschehen, erkannt.

II. In Beziehung auf Georg Simon und Andreas Götschenberger.

1) Aus der Art, wie nach den vorhandenen äußeren Spuren der Diebstahl bei Müllermeister Groskinsky verübt wurde und aus dem großen Betrag des entwendeten Geldes und der großen Anzahl der entwendeten Fahrnisse ergibt sich unzweifelhaft, daß der Diebstahl von Mehreren ausgeführt wurde. Dies wird denn auch durch die drei außergerichtlichen Geständnisse des Inkulpaten Georg Fritz bestätigt und aus dessen weitern Angaben, die er dem Friedrich Feuchter machte, und die zum Theil von dem Gefangenwärter Greßler in Hall mitangehört wurden, ergibt sich, daß die Männer, welche bei dem Diebstahle mitwirkten, aus Kazenthal seien und Käzenberger hießen, daß er Fritz den einen derselben vom Zuchthaus in Bruchsal aus kenne und vor dem Diebstahl in dessen Haus zu Kazenthal gekommen sei.

Daß unter diesen Männern die Götschenberger, insbesondere aber Andreas Götschenberger gemeint seien, kann schon deßhalb nicht zweifelhaft seyn, weil der Letztere zu gleicher Zeit im Korrektionshause zu Bruchsal saß, während Inkulpat Fritz in dem dortigen Zuchthaus war und nicht bekannt ist, daß damals auch ein anderer Kazenthaler von ähnlichem Namen in jener Strafanstalt war; daß aber die Inkulpaten Fritz und Andreas Götschenberger sich daselbst im Allgemeinen kennen lernen konnten, wird von der Zucht- und Korrektionshausverwaltung daselbst bestätigt.

Ebenso unzweifelhaft ist, daß Inkulpat Fritz den Abend vor dem Diebstahl oder doch kurze Zeit vorher nach Kazenthal gekommen seyn konnte, indem er eingestandenermaßen den Tag vor dem Diebstahl in dem nahen Sulzbach übernachtete, am andern Morgen sich in der Richtung, die auch nach Kazenthal führt, entfernte und sich nicht nur nicht ausweisen konnte, wo er jenen Tag und Abend zugebracht hatte, sondern zur abentheuerlichsten Erdichtung seine Zuflucht nahm.

2) Aus der Art, wie der Diebstahl verübt wurde, namentlich, daß die Diebe sogleich in diejenigen Zimmer einstiegen, worin sich das Geld befand, wird es ferner sehr wahrscheinlich, daß dabei Jemand aus dem Orte selbst, der die Gelegenheit kannte, mitgewirkt haben muß, und auch dieses wird durch die außergerichtlichen Geständnisse, welche Inkulpat Fritz sowohl bei Friedrich Feuchter, als bei seiner Schwester und seinem Schwager Heinrich Strecker ablegte, bestätigt, indem er ersterem vertraute, „die beiden Kazenthaler und der Obrigheimer hätten den Schatz schon lange im Auge gehabt" — und zu den Letztern: „ein Mann, der im Ort wohne, habe ihnen den Schatz verrathen."

Da sich nun gegen keinen der Obrigheimer Einwohner, zu deren man sich der That irgend versehen konnte, ein Verdacht ergab, dagegen aber sich zeigte, daß die beiden Götschenberger Zusammenkünfte mit dem Inkulpat Peter Ehrmann von Obrigheim hatten, so wird gegen dieselben der stärkste Verdacht begründet, zumal da Beide hartnäckig läugneten, daß sie kurz vor dem Diebstahl bei Peter Ehrmann oder überhaupt nur in Obrigheim waren. — Es ist nämlich

3) durch die eidliche Aussage der Ehefrau des Peter Ehrmann in Verbindung mit der Angabe der Elisabetha Banschbach, sowie zum Theil durch das eigene Geständniß des Peter Ehrmann selbst erwiesen, daß die beiden Inculpaten Götschenberger gegen Ende October 1837 wirklich in die Behausung des Peter Ehrmann gekommen waren, daselbst mit dem Letztern sprachen und sich mehrere Stunden aufhielten.

Zugleich bezeugt Joseph Banschbach, daß Andreas Götschenberger schon im verflossenen Frühjahr einmal bei Peter Ehrmann war.

Aus diesem wiederholten und langen Besuch läßt sich ein genaueres Verhältniß zwischen den beiden Götschenbergern und dem Peter Ehrmann vermuthen und das hartnäckige Leugnen der Erstern, sowie der Widerspruch des Peter Ehrmann selbst, daß der Begleiter des Andreas Götschenberger bei jenem Besuch nicht dessen Bruder Georg Simon gewesen sei, während der Letztere doch von dessen Ehefrau und der Elisabetha Banschbach als der Mitanwesende anerkannt wurde, beweißt, daß ihre Zusammenkunft keinen redlichen Zweck hatte. — Dazu kommt noch

4) daß Georg Simon Götschenberger am Samstage vor dem Diebstahl höchst wahrscheinlich zu Obrigheim gewesen ist: denn

Katharina Groskinsky von Sulzbach sah denselben an jenem Nachmittage auf dem Wege nach Mosbach, bekleidet mit einem grauen Mantel und einer Schildkappe.

Georg Heinrich, Peter Sikler und Georg Sikler sahen am Freitage oder Samstag, wahrscheinlich aber an letzterm Tage den Georg Simon Götschenberger in derselben Kleidung gegen die Diedesheimer Brücke zugehen;

Philipp Schmidts Wittwe von Obrigheim sah einen ebenso gekleideten Mann und wurde von ihm wegen der Wohnung des Peter Ehrmann befragt;

Martin Jost von Obrigheim, in der Nähe der Mühle wohnend — traf auf verdächtige Weise einen ebenso gekleideten Mann in seinem Hofe, der Größe und Korpulenz nach — ganz dem Georg Simon Götschenberger gleichend, und denselben Mann sah später dessen Ehefrau Margaretha geb. Münch durch's Ort gehen.

Anton Friz von Dallau sah denselben Abend um 9 Uhr einen ebenso gekleideten Mann nach Kazenthal hineingehen.

Georg Simon Götschenberger giebt nun zu, daß er an jenem Abend den grauen Mantel seines Bruders getragen habe und führt an, daß er von der Arbeit auf der Billigheimer Chaussee hinweg nach Mosbach gegangen sei, daß er dort Fleisch habe kaufen wollen jedoch sein Geld nicht mehr in der Tasche gefunden und solches wahrscheinlich bei der Arbeit verloren gehabt habe. Allein letztere Angabe ist an sich nicht wahrscheinlich und erstere um so weniger, als ja sein Vater behauptete, daß er selbst von Sennfeld Fleisch mitgebracht habe.

Die Aussagen des Rathschreiber Dittmann und Wilhelm Bopp stehen obigen Zeugnissen nicht entgegen, da sie über die Stunde, wann sie den Georg Simon Götschenberger auf der Sulzbacher Steige sahen, keine bestimmte Auskunft geben können und ersterer für möglich hält, daß Inkulpat noch vor Nacht zur Brücke habe kommen können.

Noch mehr wird der Verdacht durch die Widersprüche erhöht, in welchen die Aussagen der Götschenbergerschen Familie stehen:

Georg Simon Götschenberger will nämlich an jenem Abend um 7 Uhr nach Haus gekommen sein und sein Vater zwischen 7 — 8 Uhr: ersterer will schon Alles im Bette getroffen, letzterer den Georg Simon gesprochen und ihm sein mitgebrachtes Fleisch gezeigt haben, während der Bruder Heinrich Götschenberger behauptet, daß, als sein Vater nach Hause gekommen, Georg Simon noch nicht zu Hause gewesen sei.

Hieraus ergiebt sich mit größter Wahrscheinlichkeit, daß der Mann, der jenen Abend zu Obrigheim auf die verdächtigste Weise gesehen wurde, niemand anders war, als Georg Simon Götschenberger, zumal da auch Inkulpat Ehrmann hartnäckig widerspricht, den bei seinem Heraustreten an seiner Hausthüre stehenden Mann im grauen Mantel, den die Philipp Schmidts Wittwe dorthin geleitet hatte, gesehen oder gesprochen zu haben.

5) Erwägt man hierzu noch die Angabe des Urban Fichter, daß er am Dienstag 7. November 1837 früh 5 Uhr auf der Höhe der Mosbacher Chaussee einen Mann gesehen, den er für den Georg Simon Götschenberger gehalten habe; die Aussage des Wilhelm Jochmann, daß er von Andreas Götschenberger den Auftrag erhalten habe, dessen Bruder Heinrich Götschenberger zu ihm ins Gefängniß zu bestellen, weil er dem Obrigheimer Mann nicht traue; den verdächtigen Auftrag des Andreas Götschenberger an Johann M. Schneider *); das anfängliche Verheimlichen des Letztern, daß er auf dem Adelsheimer Markt gewesen und für eine bedeutende Summe Tuch und Barchent gekauft habe; den Umstand, daß die Götschenberger ihren Sportel- und Frevelrückstand ungeachtet vieler Mahnungen durch Auslösung der gepfändeten Uhr nicht eher bezahlten, als am Tage nach dem Obrigheimer Diebstahl, während sie ihr Guthaben bei dem Stift Mosbach bereits am 20. October 1837 eingenommen hatten; daß die beiden Inkulpaten an den Tagen vor und nach dem Diebstahl gegen ihre Gewohnheit die Kirchweihe nicht im Wirthshause feierten und sich der Verhaftnahme durch die Flucht zu entziehen suchten;

so ergiebt sich aus dem Zusammenhang aller dieser Umstände, daß die Inkulpaten Georg Simon und Andreas Götschenberger in hohem Grade verdächtig sind, den Diebstahl in der Obrigheimer Mühle in Verbindung mit dem Inkulpaten Fritz verübt zu haben, wenn gleichwohl diese Umstände zu ihrer vollkommenen Ueberführung nicht hinreichen.

III in Beziehung auf den Inkulpaten Peter Ehrmann.

Nach den Angaben des Georg Fritz bei seiner Schwester und seinem Schwager „ein Mann, der im Ort wohne, habe den Schatz verrathen; der sei aber Nachts im Bett gelegen und die Andern hätten seinen Theil weggezogen", in Verbindung mit den Aussagen der Ehefrau des Inkulpaten P. Ehrmann, der Sybilla Schilling und Katharina Schramm ist es zwar wahrscheinlich, daß dieser Inkulpat bei der Ausführung des Diebstahls selbst nicht mitgewirkt hat, obgleich außer Fritz noch drei Personen dabei gewesen seyn sollen.

Allein aus dieser Angabe des Georg Fritz und aus den weitern Aeußerungen desselben bei Friedrich Feuchter: „Fremde allein können so etwas nicht gethan haben, es muß Einer aus dem Ort dabei gewesen seyn — die zwei Kazenthaler und der Obrigheimer hätten den Schatz schon lange im Auge gehabt" — in Vergleich mit den höchst verdächtigen Zusammenkünften des Inkulpaten Ehrmann und der beiden Götschenberger, sowie mit dem beiderseitigen Leugnen — geht doch ein gegründeter Verdacht hervor, daß P. Ehrmann um den Diebstahl wußte, daß er derjenige Obrigheimer war, der den Andern die Gelegenheit dazu verschaffte, ja, daß er sogar einen Antheil an dem Entwen-

*) Dieser Inkulpat ersuchte nämlich den Schneider, welcher neben ihm in einem Gefängnisse gesessen zur Nachtzeit: er möge, wenn er entlassen werde, nach Kazenthal zu seiner Schwester Tine gehen und ihr sagen, sie solle im Stalle den Schlag (Laden), welcher verriegelt sei, losmachen und was dahinter sei, herausthun, aber acht geben, daß der Vater nichts davon höre; er solle dafür 5 Malter Kartoffeln erhalten. D. E.

beten zu erwarten hatte, da Georg Fritz von einem Antheil des Obrigheimer sprach, welchen die Anderen weggezogen hätten.

In Erwägung endlich, daß P. Ehrmann, welcher sich früher wegen Verdachts der Theilnahme an einem Straßenraub im Sicherheitsverhaft befand, wegen der Verbindung, die er in letzter Zeit mit den berüchtigten Inkulpaten Götschenberger unterhielt, immerhin als ein Subjekt erscheint, dem man die Theilnahme an einer That, wie die vorliegende, ohne Anstand zutrauen kann, ist gegen ihn Klagfreierklärung ausgesprochen worden. Bayer.

II.

Rechtsfall über die Zuläßigkeit einer Appellation.

M. hatte an H. eine durch rechtskräftiges Urtheil liquide gestellte Forderung von 533 fl. 24 kr. zu machen, und suchte im Vollstreckungsverfahren unter anderm auch dadurch zu seiner Befriedigung zu gelangen, daß er ein Guthaben seines Schuldners an G. bis zum Betrag seiner Forderung mit Arrest belegen ließ. Dieser Arrest wurde auch von dem Unterrichter erkannt und dem Beklagten aufgegeben, den Kläger binnen vier Wochen zu befriedigen, widrigenfalls die mit Arrest belegte Forderung demselben an Zahlungsstatt zugewiesen würde.

Nach Umfluß obiger Frist hat nun der Kläger um diese Zuweisung. Statt nur diese zu verfügen, erging aber nun folgendes Dekret an den G.

Wird G. angewiesen, von seiner Schuld an H. nunmehr die Summe von 533 fl. 24 kr. an M. binnen 14 Tagen bei Vermeidung des Gerichtszugriffs zu bezahlen.

Dagegen hat G. die Appellation angemeldet, und als sein in die nächste Gerichtssitzung vorgeladener Anwalt deren Zuläßigkeit nachzuweisen gesucht hatte, wurde die angemeldete Appellation für zuläßig erklärt und sofort Tagfahrt in der Hauptsache angeordnet. *)

Die Entscheidungsgründe der Majorität bestanden kurz darin, daß der Unterrichter, ohne daß die Voraussetzungen zur Erlassung eines unbedingten Befehls vorhanden seien und von dem Kläger um einen solchen gebeten wurde, statt nach Vorschrift des §. 1016 der Prozeßordnung die mit Arrest belegte Forderung dem Kläger bloß an Zahlungsstatt zuzuweisen, dem G. sogleich aufgegeben habe, binnen kurzer Zeit bei Exekutionsvermeidung Zahlung zu leisten, durch welche einem Urtheil gleichgeltende Verfügung G. allerdings beschwert sei.

Ich bin nun zwar ebenfalls der Ansicht, daß der Unterrichter eine fehlerhafte Verfügung ertheilt hat; ich glaube aber nicht, daß G. zu deren Aufhebung jetzt schon ein Rechtsmittel an den höhern Richter ergreifen konnte, sondern daß es dazu weiter nichts als einer Einsprache wie gegen jeden unbedingten Befehl bei dem Unterrichter bedurfte, und erst wenn diese von demselben verworfen worden wäre, nach §. 718 der Prozeßordnung Appellation dagegen Statt gefunden hätte.

Man hat aber gegen die Anwendbarkeit dieses §. der Prozeßordnung auf den vorliegenden Fall hauptsächlich den Einwand erhoben, daß die Bitte des Klägers um Zuweisung des fraglichen Guthabens an Zahlungsstatt wider die Voraussetzungen zur Erlassung eines unbedingten Befehls enthalten, noch der Kläger um einen solchen gebeten habe; allein deßwegen bleibt die erwähnte Verfügung des Unterrichters nach Ansicht des §. 702 der Prozeßordnung nichts desto weniger ein unbedingter Befehl, und es folgt aus den vorigen Argumenten der Gegner nur so viel, daß G. um so mehr Grund hatte, dagegen vorerst bei dem Unterrichter Einsprache zu erheben.

Warum sollte er auch nicht dazu das Recht gehabt haben; denn wenn ihm der §. 708 der Prozeßordnung in dem Falle eine solche Einsprache gestattet, wenn dieselbe von dem Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens oder der Zuläßigkeit dieser Prozeßart hergenommen ist; so muß sie ihm gewiß auch dann erlaubt seyn, wenn der Richter den im §. 5 der Prozeßordnung ausgesprochenen allgemeinen Prozeßgrundsatz „kein Verfahren von Amtswegen" und damit wie sich von selbst versteht, auch die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens verletzt hat. Kann aber der Beklagte (hier der G.) durch eine solche Einsprache die Folgen eines vom Richter ertheilten unbedingten Befehls von sich abwenden, wozu noch ein Rechtsmittel an den höhern Richter; die Einräumung eines solchen würde ebenso dem im §. 1165 der Prozeßordnung ausgesprochenen Grundsatz, wie der Natur der Sache widersprochen.

Aus dem bisherigen folgt ferner, daß die erwähnte Verfügung einem Urtheil nicht gleich geltend ist; denn der §. 764 der Prozeßordnung rechnet nur vollzugsreife unbedingte Befehle zu den Urtheilen; vollzugsreif war aber der gegenwärtige unbedingte Befehl so lange nicht, als dem G. noch zustand, Einsprache dagegen zu machen; wäre er es aber gewesen, so hätte ohnehin keine Appellation, sondern nur das Rechtsmittel der Wiederherstellung statt gefunden. arg. §. 945 und 1251 der Prozeßordnung.

Man hat ferner noch gesagt, es sei die Verfügung des Unterrichters lediglich als eine im Vollstreckungsverfahren ergangene zu betrachten, und wären daher nicht die gesetzlichen Bestimmungen über unbedingte Befehle, sondern die des §. 1016 der Prozeßordnung darauf anwendbar; allein im Vollstreckungsverfahren findet zwar nach §. 963 und 569 der Prozeßordnung gegen die Verwerfung eines Einhaltsgesuchs Appellation statt; ein solcher Fall liegt jedoch einmal hier gar nicht vor, denn aber läßt sich nicht einmal sagen, daß dem jetzigen Appellanten gegenüber schon eine Vollstreckungsverfügung ergangen sei; es hat vielmehr der Unterrichter des Vollstreckungsverfahren gegen den früher Beklagten durch Zuweisung seiner mit Arrest belegten Forderung an den Kläger des Vollstreckungsverfahren geschlossen, und ein neues gegen den Appellanten G. hätte erst denn wieder beginnen können, wenn dieser in der anberaumten Frist nicht bezahlt und auch keine Einsprache gegen die deßfallsige Verfügung erhoben hätte. Buisson.

*) Unterdessen wurde übrigens diese Sache durch Verzicht des Appellaten erledigt.

Druckfehler in Nr. 43.

Seite 281, Columne 1, Zeile 14 lies schärfern statt schon für.
Z. 16 ebendaselbst l. jenem Falle st. jenen Fällen.
„ 282, Col. 1, Z. 17 l. Verfahrungsweise st. Verfügungsweise.
Z. 19 ebendaselbst l. eben st. aber.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 48. Karlsruhe den 1. Dezember 1838.

I.

Kindesaussetzung.

Am 4. August 1837, Mittags um 1 Uhr, kamen vier Taglöhner auf einen südlich von der Landstraße zwischen Heidelberg und Wieblingen gelegenen Acker, um Frucht zu schneiden. Sie hörten alsbald von einem entfernter gelegenen Kartoffelacker her, welcher auf ein dort befindliches Schützenhäuschen stößt, ein feines Geschrei, ähnlich dem eines jungen Hasen oder eines Lämmchens. Erst beiläufig um 7 Uhr Abends, nachdem die Schnitter der Stelle, woher das Geschrei kam, näher gerückt waren, begab sich einer von ihnen auf den Kartoffelacker, um nachzusehen, was dort sei. Dieser rief sogleich den übrigen zu, daß ein lebendes Kind in den Kartoffeln liege. Sie eilten nun alle dahin, und fanden wirklich ein angekleidetes Kind, welches, das Köpfchen auf die linke Seite gedreht, auf dem Rücken in einem Kartoffelstocke lag und schrie. Die rechte Wange des Kindes war von der Sonnenhitze rothbraun verbrannt und das eine Auge von Eiter zugeklebt. Um die Augen, an dem Munde und in demselben wimmelte es von Ameisen, welche an dem Eiter saugten. Die unter den Schnittern befindliche Frau reinigte das Kind und suchte es zu besänftigen, während ihr Mann sich nach Heidelberg begab, um von dem Funde die Anzeige zu machen. Unterwegs dahin begegnete er einigen Taglöhnern, welche von Heidelberg nach Wieblingen zurückkehrten und von dem Vorfalle unterrichtet dem Schützenhäuschen zueilten. Einer derselben nahm der Frau das Kind ab, um es dem Bürgermeister in Wieblingen zu überbringen, welcher dasselbe der Ortshebamme zur einstweiligen Verpflegung übergab und sie den andern Morgen damit nach Heidelberg sandte, wo dasselbe auf legale Weise inspicirt und von der Oberhebamme der akademischen Entbindungsanstalt für dasjenige anerkannt wurde, mit welchem die ledige Katharina Dörr von Hofheim, im großherz. hessischen Kreise Bensheim, am 4. August, Morgens um 6 Uhr, das Gebährhaus verlassen hat. Das Kind war weiblichen Geschlechts, ungefähr 14 Tage alt und frei von äußerlichen Verletzungen. Dasselbe erholte sich in der Entbindungsanstalt unter der Pflege der Oberhebamme alsbald so gut, daß die Gerichtsärzte keinen weiteren Nachtheil für dessen Gesundheit und Leben befürchteten. Da man wußte, daß die K. Dörr vor ihrem Eintritt in die Entbindungsanstalt zu Mannheim gedient, und daß sie mit ihrem Kinde den Weg dahin eingeschlagen hat, so wurde der in Heidelberg stationirte Brigadier der Gendarmerie, unter Mittheilung ihres Signalements und eines Requisitionsschreibens an das Stadtamt Mannheim, sofort beauftragt, auf die Inkulpatin zu fahnden. Es gelang ihm, dieselbe am 5. August in dem Hause eines Ackersmanns zu Mannheim, bei dem sie einige Stunden vorher sich als Magd verdingt hatte, ausfindig zu machen. Sie gestand ihm sogleich unter Zittern und Beben, daß sie in der Heidelberger Gebähranstalt vor 14 Tagen geboren habe. Als er aber nach ihrem Kind fragte, konnte sie ihm vor Weinen und Schluchzen keine Antwort geben. Erst bei dem Transporte von Mannheim nach Heidelberg gestand sie ihm, daß sie am letzten Freitag in der Frühe bei Wieblingen ihr Kind in einen Kartoffelacker niedergelegt und sich dann nach Mannheim begeben habe, um einen Dienst zu suchen.

In dem ersten Verhöre vom 6. August — welches im Gebährhaus abgehalten wurde, erzählte die Inquisitin, daß sie sich vor 6 Wochen von Mannheim nach Heidelberg begeben habe, um, da sie unehelich schwanger gewesen, in der dasigen Gebähranstalt niederzukommen; ferner, daß sie am 20. Juli, um die Mittagszeit, ein Mädchen geboren und mit demselben am 4. August, Morgens um 6 Uhr, die Entbindungsanstalt verlassen habe. Befragt, wo dieses Kind hingekommen, gab sie weiter an: Ich habe mein Kind wohl eingewickelt auf dem Arm getragen, als ich vorgestern um 6 Uhr Morgens dieses Haus verließ. Ich nahm Abschied von den Vorstehern und ging langsam in trüben Gedanken, was ich mit dem Kinde nun anfangen werde, auf der Landstraße nach Mannheim hin. Ich faßte den Vorsatz, es der Vorsehung Gottes zu überlassen, für das Kind durch gute Menschen, die es finden möchten, zu

sorgen. Vor dem ersten Dorfe herwärts ging ich links in einen Kartoffelacker von der Straße ab und gab dem Kind noch einmal zu trinken. Es schlief. Da legte ich es auf einen Kartoffelstock nieder, legte den Taufschein und den Entlassungsschein *) neben das Kind, empfahl es dem Schutze Gottes und setzte sodann meinen Weg nach Mannheim allein fort. Man zeigte ihr nun das fragliche Kind vor und befragte sie, ob sie dasselbe als das ihrige anerkenne, welches sie am 20. Juli in dieser Anstalt geboren und vorgestern nächst dem Dorfe, in einem Kartoffelacker niedergelegt und verlassen habe? — Die Inkulpatin nahm das Kind vom Tragkissen auf, bedeckte es mit Küssen und sprach unter vielen Thränen das Anerkenntniß aus: „Ja, dieses ist mein Kind, das ich hier geboren, vorgestern in den Kartoffelacker niedergelegt und verlassen habe.“ —

Hiernächst ward die Inkulpatin mit den Schnittern auf's Feld hinausgeführt, wo sie, 7 Schritte vom Schützenhäuschen entfernt, den Kartoffelstock bezeichnete, in welchem die Zeugen das von ihnen vor Gericht ebenfalls recognoscirte Kind gefunden haben. Diese Stelle ist 230 Schritte von der Heidelberger Chaussee, 300 Schritte von dem Vicinalweg, welcher von Heidelberg auf den Gränzhof führt und 270 Schritte von jenem Wege entfernt, welcher sich von Wieblingen nach Kirchheim zieht. Von dem Schützenhäuschen beträgt die Entfernung bis Wieblingen eine halbe Viertelstunde und bis Heidelberg 2½ Viertelstunden. In dem zweiten Verhöre vom 9. August versicherte die Inquisitin, daß sie den Entschluß, sich ihres Kindes zu entledigen, erst unterwegs gefaßt, und daß ihre hülflose Lage, da sie weder Eltern noch sonstige Verwandte, die sich des Kindes hätten annehmen können, sie zu diesem Gedanken veranlaßt hätte. Ich bereue — setzte sie hinzu — meine That sehr, und würde gewiß in einem ähnlichen Falle anders handeln. Hätte ich nur zwei Gulden gehabt, ich würde mein Kind nicht preißgegeben haben.

Ein junger Pursche von Wieblingen, welcher am Morgen des 4. August etwa eine Ackerlänge von dem Schützenhäuschen entfernt Aehren gelesen hatte, sagte aus: er habe eine Weibsperson (deren Beschreibung auf die Inquisitin paßt) gesehen, welche von der Heidelberger Straße ab durch das Feld dem Schützenhäuschen zuging, sich daselbst niedersetzte, dann aufstand, sich auf den benachbarten Kartoffelacker begab und dort bückte, vorher aber nach allen Seiten umschaute und sich hierauf schief über das Feld hinüber gegen Wieblingen zu davon machte. Der Zeuge bemerkte jedoch kein Kind und hörte auch nicht schreien.

In Mannheim angekommen, besuchte die Dörr eine Freundin, welcher sie erzählte, daß sie ein todtes Kind geboren habe. Hierüber konstituirt gab sie vor, daß sie aus Furcht, recht ausgezankt zu werden, die Aussetzung des Kindes verschwiegen hätte.

Indessen starb das Kind am 2. September in Folge einer Krankheit, die sich bereits am 10. August eingestellt hatte. Nach dem Ausspruch der Gerichtsärzte stand jedoch der Tod desselben in keinem Kausalzusammenhange mit der frühern Aussetzung.

Als man der Inquisitin das Ableben ihres Kindes eröffnete, stieß sie ein schreiendes „Nein“ aus und fing an, heftig zu weinen und zu schluchzen, so daß keine zusammenhängende Antwort von ihr zu erhalten war.

Auf die Frage, was sie denn mit dem Kinde angefangen haben würde, wenn es am Leben geblieben wäre? versetzte sie mit vielen Unterbrechungen: „Ich hätte es groß gezogen und gesehn wie ich es untergebracht hätte.“

Was die Personalien der Inquisitin betrifft, so ist sie den 12. November 1819 zu Hofheim geboren und also zur Zeit der That noch nicht 18 Jahre alt gewesen. Sie betrug sich nach den vorliegenden Zeugnissen jeder Zeit still und sittsam und erwarb sich bei geringen Anlagen nur nothdürftige Kenntnisse in der Religion und Sittenlehre. Als ein Kind von 11 Jahren kam sie nach dem Tode ihrer Eltern in fremde Dienste. Nach der letzten Vormundschaftsrechnung besteht ihr Vermögen in 3 fl. 40 kr. In Mannheim hatte sie zuletzt 18 Monate lang gedient und sich während dieser Zeit treu und fleißig betragen. Von ihrer Dienstherrschaft wird sie als ein unerfahrenes, tappiges Ding bezeichnet. Ihrer Dienstfrau gestand sie auf Vorhalt, von dem Knechte schwanger zu sein, was jedoch dieser geradezu widersprach. Als sie aus dem Dienste trat, erhielt sie 4 fl. Lohn und als sie Heidelberg verließ, besaß sie noch 12 kr. davon. Dies war ihre ganze Baarschaft.

Durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 14. November 1837 wurde die Inquisitin auf den Grund des Art. 132 C. C. C. der Kindesaussetzung für schuldig erklärt, jedoch mit Rücksicht auf die mildernden Umstände, welche sich aus dem Vorhergehenden ergeben, blos zu einer 6 monatlichen Zuchthausstrafe nebst Landesverweisung verurtheilt. — Wirft man einen vergleichenden Blick auf den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden, so gewinnt man die Ueberzeugung, daß hiernach das Urtheil noch gelinder ausgefallen seyn würde. Die Inquisitin wäre nämlich in keinem Falle peinlich bestraft und des Landes verwiesen worden, weil die Landesverweisung vermöge §. 22 nur als Folge einer zeitlichen Zuchthausstrafe gegen den Ausländer zu erkennen, daß im §. 233 auf die Kindesaussetzung gedrohte Kreisgefängniß oder Arbeitshaus aber nach §. 33 eine bürgerliche Strafe ist. Ueberdies wären der In-

*) Diese Papiere konnten jedoch alles Nachsuchens ungeachtet nicht aufgefunden werden. D. E.

quisitin, weil es sich um eine der Größe nach unbestimmte Strafe handelt, außer den durch den §. 225 gebotenen Rücksichten noch die im §. 142 unter Nr. 1 bis 6 aufgezählten Milderungsgründe zu statten gekommen. —

Stellt man zwischen dem gegenwärtigen Falle und zwei früheren, welche in den Annalen, erster Jahrgang Nr. 23 und fünfter Jahrgang, Nr. 21 mitgetheilt wurden, eine Vergleichung an, so findet sich überall das nämliche Motiv zur That. Diese Wahrnehmung erregte die Aufmerksamkeit des Gerichtshofs, welcher sich veranlaßt fand, nach vorgängiger Sammlung der nöthigen Notizen höhern Orts diejenigen Anträge zu stellen, welche ihm geeignet schienen, um der öftern Wiederholung ähnlicher Verbrechen möglichst vorzubeugen.

Das Großherzogl. Ministerium des Innern ertheilte hierauf, unterm 27. Nov. 1837 nachstehende Entschließung.

„Um der Wiederholung des schon öfters vorgekommenen Falles, daß eine aus der Entbindungsanstalt zu Heidelberg entlassene Weibsperson auf dem Heimweg sich ihres neugeborenen Kindes durch Aussetzung, Tödtung oder auf sonstige verbrecherische Weise entledigt, so viel als thunlich entgegenzuwirken, sieht man sich veranlaßt, folgende Anordnung zu treffen: Die Direktion der Entbindungsanstalt wird künftig bei Entlassung einer Person, bei welcher sie nach deren bisherigem Benehmen ein solches Verbrechen zu befürchten Grund hat, in Zeiten das Oberamt Heidelberg in einem besonderen Schreiben von der Sache in Kenntniß setzen und zugleich die Entlassene anweisen, sich alsbald bei eben dieser Behörde anzumelden. Das Oberamt hat sodann der Anmeldenden zur Reise an den Ort, in welchem das Kind derselben künftig verpflegt werden soll, einen Paß auszufertigen, und in demselben den Weg, welchen dieselbe mit ihrem Kind zu nehmen hat, genau zu bezeichnen, so wie auch dieselbe unter sonst geeigneter Belehrung ernstlich anzuweisen, den vorgezeichneten Weg ohnfehlbar einzuhalten und bei ihrer Ankunft in dem Bestimmungsort sich bei dem Bürgermeister anzumelden und diesem ihr Kind vorzuzeigen. Gleichzeitig wird auch die Direktion der Entbindungsanstalt, wie schon in der diesseitigen Verfügung vom 24. Juni 1833 Nr. 7239 angeordnet wurde, dem Bürgermeister und dem Pfarramt des letztgedachten Ortes die erforderliche Benachrichtigung im Dienstwege zugehen lassen.

Besitzt eine solche Entlassene entweder gar keine oder nicht zureichende Mittel, um die Kosten ihrer Heimreise zu bestreiten, so hat das Oberamt Heidelberg aus seinem Fond zum Transport von Gefangenen derselben so viel als Reisegeld mitzugeben, als sie nach beiläufigem Ermessen nothwendig bedarf. Das auf diese Weise vorgeschossene Reisegeld ist dem Oberamt von der Heimathsgemeinde der Entlassenen wieder zu ersetzen.“ —

Ob durch diese Anordnung dem Uebel einigermaßen gesteuert werde, muß die Zukunft lehren. Indessen sei es erlaubt, hier einige Bedenken niederzulegen. Eine Person, die schon in der Anstalt den Entschluß gefaßt hat, ihr Kind bei Seite zu schaffen, wird sich dieß nicht ansehen lassen; sie wird der Anweisung, sich bei dem Oberamte anzumelden, keine Folge leisten, oder, wenn sie es thut, den erhaltenen Paß alsbald beseitigen und den vorgezeichneten Weg nicht einschlagen u. s. w. Die Benachrichtigung des Bürgermeisters und Pfarrers von der Entlassung einer solchen Person kann zwar gegen dieselbe, falls sie das Kind binnen einer gewissen Frist nicht vorweist, den Verdacht, dasselbe ausgesetzt oder getödtet zu haben, wohl begründen, aber das Verbrechen selbst nicht verhindern.

In den angeführten Fällen lag kein Grund vor, zu vermuthen, daß die That schon in der Anstalt prämeditirt war. Keine der Entlassenen schien verdächtig. Der Entschluß wurde erst nach dem Austritt gefaßt und rasch vollführt. Geldspenden allein bewahren schwerlich vor solchen Impromptu's. Es ist nicht bloß die augenblickliche Mittellosigkeit, sondern mehr noch das Alleinseyn der Mutter mit dem Kinde, welches jene zu trüben Gedanken stimmt und das Bewußtseyn der Verlassenheit bei dem geschwächten Zustande einer Wöchnerin schnell zur Verzweiflung steigert, in welcher die That verübt wird. Darum glaubte auch der Gerichtshof, das sicherste Vorbeugungsmittel darin zu finden, daß dergleichen Personen, wie Schüblinge, vermittelst einer Fuhr an ihren Bestimmungsort verbracht werden. Sind sie einmal da angelangt, wo sie von Verwandten oder aus öffentlichen Kassen die nöthige Unterstützung erhalten, so ist alle Gefahr für das Leben der Kinder vorüber, weil Beweggrund und Gelegenheit zum Verbrechen hinwegfallen.

Bayer.

II.

Rechtsfall.

Eine Entschädigungsforderung an den großherzogl. Fiskus wegen Abänderung von Zunftstatuten betreffend.

1) Die Bäckermeister in Mannheim erhoben am 13. Februar 1837 eine Klage gegen den großherzogl. Fiskus, worein sie vortrugen:

Nach der im Jahre 1747 von dem Pfalzgrafen Karl Theodor für ihre Zunft erlassenen Zunftordnung sei die Erwerbung des zünftigen Meisterrechts an den Besitz eines eigenen Backhauses gebunden gewesen. Dadurch seien die vorhandenen Backfeuerstätten eigene, auf gewissen Häusern haftende Realgerechtigkeiten geworden. Diese in dem Grundbuche eingetragenen Realrechte hätten den Häusern, auf welchen sie gehaftet, einen bedeutend höhern Werth verliehen; sie seien mit ihnen verkauft, vererbt und verpfändet worden. Eine spätere landesherrliche Verordnung vom 12. Juni 1799 habe wiederholt festgesetzt, daß jeder neu zugehende Zunftgenosse vordersamst zu Erwerbung eines mit dem Feuerrechte versehenen Hauses anzuhalten sei. Bis in die neueste Zeit seien die Backgerechtigkeiten stets als liegenschaftliche Privatrechte behandelt worden, und sämmtliche dermalige Bäckermeister besäßen solche durch Kauf, Erbschaft u. dgl. um den oben angeführten hohen Preis, also durch einen Privatrechtstitel. Bei Gelegenheit der Annahme des Bäckermeisters N. habe jedoch das großherzogl. Ministerium des Innern am 23. März 1835 erklärt, daß diese Backgerechtigkeiten durch §. 27 des sechsten Konstitutionsedikts und die Verordnungen vom 20. August und 25. Dezember 1819 aufgehoben seien; auch das großherzogl. Staatsministerium habe nach Beschluß vom 1. März 1836 ausgesprochen, daß die fraglichen Back- und Feuergerechtigkeiten nicht als ein solches Privateigenthum zu betrachten wären, wofür Entschädigung angesprochen werden könne. Die Bäcker wollten sich daher auf den Civilrechtsweg wenden und, — da aus der Erwerbung jener Rechte durch Kauf, Erbschaft rc.

so wie nach der Natur derselben im Vergleich mit L.R.S. 526 a. sie als unkörperliche unbewegliche Sachen und als Gegenstand des Privatrechts zu betrachten seien, da ferner, wenn derartige Rechte als der Gesammtheit nachtheilig um des öffentlichen Nutzens willen aufgehoben würden, dieses nach L.R.S. 545 und §. 14 der Verfassungsurkunde nur gegen Entschädigung geschehen könne — gebeten haben, zu erkennen:

„Daß der großherzogl. Fiskus schuldig sei, für die Aufhebung der bisher auf ihren Häusern gehaftet habende Real-, Back- und Feuergerechtigkeiten durch Zahlung deren Werths, resp. des hierdurch entstandenen Minderwerths dieser Häuser die Kläger zu entschädigen, wobei die Bestimmung der Größe der Entschädigung einer besonderen Liquidation vorzubehalten sei. —“

2) Auf diese Klage wurde, als vor den Gerichten nicht Statt findend, von dem Hofgerichte die Ladung versagt; aus folgenden Gründen:

Sowohl die Ertheilung der Gewerbskoncessionen als die Festsetzung der Bedingungen, unter welchen die Ausübung einzelner Gewerbe im Staate oder in einer Gemeinde von der Regierung gestattet werden will, sind Gegenstände des öffentlichen Rechts. — Aus politischen Gründen kann die Erlangung einer Gewerbskoncession in einer Periode an lästigere und in einer andern an weniger lästige Bedingungen geknüpft werden, ohne daß diejenigen Gewerbsleute, welche ihre Koncession in einer Zeit erlangt haben, in welcher solche erschwert war, daraus, daß sie die lästigeren Bedingungen erfüllt haben, ein Recht ableiten könnten, daß die Gesetzgebung zu ewigen Tagen dieselben Bedingungen vorschreiben müsse. — Schon zur Zeit, als die oben angeführten Verordnungen publicirt wurden, hatte die Reichsgesetzgebung über diesen Punkt maßgebende Verfügungen getroffen.

Es verordnet der Reichsschluß vom 16. August 1731 namentlich, daß jede Landesobrigkeit vermöge ihrer Hoheit befugt sei, die Zunftstatuten nicht nur zu verbessern und zu verändern, sondern sogar wieder aufzuheben.

Da demnach solche Zunftstatuten überhaupt nicht als Privilegien anzusehen sind, welche für die Zunftgenossen der Landesregierung gegenüber Privatrechte begründen sollen, sondern nur als spezielle Polizeigesetze erscheinen, welche die Verhältnisse der Zunftgenossen unter sich und andern Gewerbsleuten gegenüber regeln, so folgt von selbst, daß die Zunftgenossen bei Abänderung der Statuten auf den Grund dieser Abänderung keine Entschädigung gegen die Regierung und den sie vertretenden Fiskus vor den Gerichten erheben können.

Wenn daher die obgedachten Landesverordnungen, so weit durch sie die Erlangung der Bäckerkoncession an den Besitz einer besonderen Feuergerechtigkeit geknüpft war, jetzt für aufgehoben erklärt wurden, so steht den Klägern, welche bei Erlangung ihrer Koncession den dieselben bedingenden damaligen Gesetzen genügt haben, dahier kein Klagrecht zu.

3) Die Bäcker appellirten; das großherzogl. Oberhofgericht bestätigte aber die hofgerichtliche Verfügung, indem es in seinen Entscheidungsgründen sich dahin aussprach.

Die vormals kurpfälzische Zunftordnung von 1747, sowie die Verordnung vom 12. Juni 1799 sind bloße gewerbspolizeiliche Verfügungen, welche, als solche, zwischen der Staatsgewalt, von der sie zunächst im Interesse des öffentlichen Wohls ausgegangen sind, und zwischen dem Einzelnen, dessen besondern Vortheil sie etwa bezwecken, kein privatrechtliches Verhältniß begründen. Die Ertheilung der Vorschriften über die Ausübung der Gewerbe im Staate ist lediglich Sache der Staatspolizei und steht somit ganz unter dem Einflusse der öffentlichen Verwaltung. Solche Rechte aber, welche unter dem Einflusse der öffentlichen Verwaltung aus Gesetzen sich gebildet haben, deren Handhabung dieser Verwaltung übertragen ist, gehen niemals in das Privateigenthum des Einzelnen über, sondern sind bloße politische Berechtigungen, welche in jeder Beziehung der Wandelbarkeit der Gesetzgebung unterworfen sind. Hiernach ist es ohne weitere Ausführung klar, daß es sich im gegebenen Falle, wo die Kläger ihre Gewerbsberechtigung gegenüber dem Staate nicht auf einen privatrechtlichen Titel, sondern einzig auf frühere administrative Anordnungen stützen, und aus deren Aufhebung durch die neuere Gesetzgebung ihre vermeintliche Rechtskränkung ableiten wollen, offenbar um keine Verletzung wohlerworbener Privatrechte handelt. —

Der von den Klägern besonders geltend gemachte Grund, daß nach der frühern Gesetzgebung die Ausübung des Bäckergewerbs an den Besitz bestimmter Häuser geknüpft worden sei und somit gleichsam als dingliches Recht auf denselben hafte, ist völlig unerheblich, indem dieser Bestimmung offenbar kein andrer Zweck unterstellt werden kann, als die Zahl der bereits bestandenen Backhäuser, welche wahrscheinlich dem damaligen Bedürfniß entsprach, nicht zu vermehren und somit die Errichtung neuer Bäckereien zu beschränken. Keineswegs aber läßt sich annehmen, daß die damalige Regierung damit den Bäckern einen privatrechtlichen Anspruch in der Weise haben einräumen wollen, daß sie sich etwa verbindlich gemacht, jenen frühern Zustand für immer unveränderlich fortbestehen zu lassen und ihnen dafür Gewähr zu leisten. — Eben so unerheblich ist der weitere Umstand, daß die fraglichen Gewerbsberechtigungen Gegenstand des Privatverkehrs geworden und insbesondere bei Käufen, Verpfändungen u. dgl. ihr Werth in Anschlag gekommen sei. Denn dieser Umstand, welcher überhaupt den Staat nicht berührt, vermag an der Natur der Berechtigung nichts zu ändern. Es kommt hier keineswegs darauf an, ob etwa die Kläger von Dritten ihre Bäckereigerechtsame durch Privatrechtstitel erworben haben, sondern vielmehr nur darauf, ob sie solche vom Staate, welcher auf Gewährleistung belangt werden will, privatrechtlich erworben haben. —

Handelt es sich nun aber dem Bisherigen zu Folge nicht um die Verletzung eines Privatrechts, so eignet sich die gegenwärtige Sache auch nicht zur richterlichen Entscheidung, indem dem Richter so wenig über die Befugniß des Staats zu Aufhebung der in Frage stehenden Berechtigung der Kläger, als über dessen Verbindlichkeit zur Entschädigung ein Erkenntniß zusteht.

In Anbetracht dieser Gründe mußte das hofgerichtliche Erkenntniß lediglich bestätigt werden. Kirn.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Th. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. No. 49. Karlsruhe den 8. Dezember 1838.

I.

Hofgericht Rastatt.

Rechtsfall.

Welche Kraft hat das Herkommen über streitige Fragen des Zehntbezugs, und wem gehört in Zweifelsfällen der Zehnten der Zichorienwurzel? Zur Erläuterung der L. R. S. 710 c. a., 710 c. f., 710 c. g.

Der Domänenfiskus verlangte als großer Zehntherr gegen die Pfarrei Gamshurst als kleiner Zehntherr, daß ihm in einem Distrikt der Gamshurster Ortsgemarkung der dort fällige Zehnten von der Zichorienwurzel als zum großen Zehnten gehörig zugesprochen werde.

Die Pfarrei Gamshurst erwiderte, daß in dem fraglichen Distrikt der Zehnten nicht in den großen und kleinen Zehnten getheilt sei, sondern daß ihr der Zehnten von allen darin im Sommer gepflanzten und zur Reife kommenden Früchten der sogenannte grüne Zehnten zustehe, zu welchem denn auch der Zehnte der Zichorienwurzel gehöre. Sie behauptete ferner, daß sie seit dem Anbau der Zichorie den Zehnten davon beziehe, und bestritt, daß die Zichorie nach der Bestimmung des L. R. S. 710 c. f. zum großen Zehnten gehöre. Den letzten Grund für schlagend ansehend, wieß das Amt die Klage ab.

Dagegen ward anher appellirt, und auf den Grund der in erster Instanz vorgebrachten Thatsachen ward zuerst der Pfarrei Gamshurst der Beweis auferlegt, daß sie durch ein gesetzlich vereigenschaftetes Herkommen den Bezug des Zichorienzehntens erworben habe. Sie trat den Beweis durch Zeugen an, allein bei der Schlußverhandlung ging man von dem früher gefällten Beweiserkenntniß ab, und bestätigte das unterrichterliche Urtheil abermals aus dem Grund, weil man die Zichorienwurzel nach L. R. S. 710 c. f. als eine solche Frucht erachtete, welche nicht zum großen Zehnten gehöre.

Da die hier zur Sprache und zur Entscheidung gekommenen Fragen bei dem erstinstanzlichen Urtheil, bei dem hofgerichtlichen Zwischenerkenntniß und Endurtheil getrennt zur Erwägung kamen, und da vorauszusehen ist, daß trotz dem gottlob seinem Ende zugehenden Zehnten die hier vorkommenden Fragen in ihrer allgemeinen Richtung auch bei andern zumahl über den Bezug des Runkelrübenzehntens entstehenden Prozessen ebenfalls erscheinen werden, so wird eine nicht in den Schranken der Entscheidungsgründe zum hofgerichtlichen Endurtheil sich bewegende freie Erörterung derselben nicht unwillkommen seyn.

Als man der Pfarrei Gamshurst den Beweis auferlegte, daß sie den Zichorienzehnten durch ein gesetzlich vereigenschaftetes Herkommen erworben habe, ging man von der Ansicht aus, daß ein Zehntrecht durch ein Herkommen als solches und allein für sich betrachtet entstehen und begründet werden könne, und diese Ansicht stützte man auf den L. R. S. 710 c. a., der da lautet:

„Der Zehntbezug erhält seine Bestimmung in jeder Ortsgemarkung durch Verträge und Herkommen, wo diese aber nicht Maß geben, durch nachfolgende Regeln."

Allein diese Ansicht wird sehr bestritten und wohl als eine irrige dargestellt werden können.

Die Pfarrei Gamshurst sprach sich das Recht des Zichorienzehntens zu, und stützte solches Recht auf das Herkommen als solches. Es sollte daher dieses Recht allein auf das Herkommen begründet werden, und dagegen schreibt der L. R. S. 6 d. ganz bestimmt vor, daß das Herkommen niemahls Rechte schaffen könne, also auch nicht im Stande sei, ein Zehntrecht als solches zu begründen. Wenn man sich dagegen auf den L. R. S. 710 c. a. beruft und behauptet, daß hiernach das Herkommen den Zehntbezug regle, also allerdings ein Zehntrecht schaffen könne, so darf man nicht übersehen, daß der L. R. S. 710 c. a. keineswegs das Herkommen als solches und für sich allein zu einer gesetzlichen Norm für den Zehntbezug erhebt, daß er nicht sagt, als Norm gelten Verträge, sodann das Herkommen, und wo beides fehlt, die nachfolgenden gesetzlichen Regeln, sondern daß er nur von Verträgen und Herkommen spricht, und diesen die gesetzlichen Regeln entgegensetzt. Was sind nun die im L. R. S. 710 c. a. erwähnte

„diese“, sind es Verträge, und sodann das Herkommen? Nein, es sind nur Verträge und Herkommen. Nicht das Herkommen allein und für sich betrachtet wird zu einer gesetzlichen Norm erhoben, sondern das Herkommen wird mit den Verträgen in Verbindung gesetzt, so daß nur das Herkommen im Zehntbezug eine gesetzliche Beachtung gewinnt, welches mit einem Vertrag in Verbindung steht, darauf gestützt ist, und insbesondere dahin ergeht, daß es die Ausübung eines vertragsmäßig bestimmten Zehntbezugs darstellt.

Diese grammatikalisch nicht zu beanstandende Auslegung gewinnt aber wohl dadurch eine nicht zu bestreitende Richtigkeit, weil sie es allein ist, welche den L. R. S. 710 c a. mit dem L. R. S. 6 d. in eine Uebereinstimmung setzt, und dadurch einen Widerspruch des Gesetzes vermeidet, der ein bedeutender wäre. *)

Nimmt man nämlich das Herkommen als solches als gesetzliche Norm des Zehntbezugs an, so würde daraus folgen, daß es unter der Herrschaft des Landrechts alle jene Zehntberechtigungen schaffen könne, welche unter den L. R. S. 710 c. a. und folgende abgehandelt werden. Mit andern Worten: das Landrecht würde im L. R S. 6 d. in Verbindung mit Satz 710 c. a. sagen, das Herkommen als solches kann kein Recht schaffen. Nur Zehntrechte der L. R. S. 710 c. a. und folgende kann es schaffen und abschaffen, denn das wird man zugeben müssen, daß, wenn es überhaupt geeignet seyn sollte, die Zehntbezugsberechtigungen zu schaffen, es auch geeignet seyn muß, bestandene und zu erweisende Zehntbezugsberechtigungen zu ändern und ganz aufzuheben. Man kann aber gewiß nicht annehmen, daß das Landrecht im Satze 710 c. a. eine so durchgreifende Abänderung des L. R. S. 6 d., eine so schwere Ausnahme des L. R S 6 d. für Zehntsachen machen wollte, ohne diese Ausnahme alsbald im L. R. S. 6 d. zu machen. Bei der unterlassenen Anführung dieser Ausnahme des L. R. S. 6 d. widersprechen sich also die L. R. S. 6 d. und 710 c. a.; es wäre aber damit nicht nur ein bedeutender Gesetzeswiderspruch in das Landrecht gelegt, es wäre auch das ganze Rechtsgebäude des Gesetzes hinsichtlich der Erwerbungsgründe von Rechten über den Haufen geworfen. Läßt man nämlich durch das Herkommen als solches Zehntbezugsrechte entstehen, so müssen dieser Rechtsentstehung die Grundsätze gelten, welche das Landrecht über das rechtliche Dasein des Herkommens überhaupt aufstellt. Nun schweigen die L. R. S. 710 c. a. u. folgende darüber. Es müssen also die L. R. S. 61 d. e. f. dafür gelten, und was daher in Zehntsachen zu verschiedenen Zeiten von verschiedenen Personen in der Meinung Recht zu thun, offenkundig, gleichartig und durch wenigstens zehn Jahre hindurch ununterbrochen geübt wurde, ist Recht, und wird Recht. Hiedurch würde in Zehntsachen eine eigenthümliche Ersitzungsart von zehn Jahren ohne gesetzmäßigen Rechtstitel eingeführt und die L. R. S. 2265 u. folgende würden in Zehntsachen eine gänzliche Abänderung erleiden. Da jedoch durch das Herkommen nicht nur Rechte des Zehntbezugs erworben, sondern auch abgeschafft werden könnten, so würde das zehnjährige Herkommen des L. R. S. 6 d. in Zehntsachen auch eine zehnjährige Ersitzung, eine zehnjährige erlöschende Verjährung darstellen, was wiederum eine gänzliche Abänderung des L. R. S. 2262 in Zehntsachen wäre, die um so weniger angenommen werden kann, als das Landrecht das Herkommen in den Sätzen 711 — 717 nirgends als eine Erwerbungsart von Eigenthum und Rechten anführt.

Verbindet man dagegen das im L. R. S. 710 c. a. erwähnte Herkommen mit den Verträgen, so gewinnt die Vorschrift dieses Satzes eine vollkommen mit dem Satze 6 d. zu treffende Bedeutung, denn wenn der L. R. S. 6 d. sagt, daß das Herkommen über die Art und Weise des Umfangs und des Gebrauchs eines Rechts, über welche Gesetze oder Verträge nichts maßgeben, den muthmaßlichen Willen der Vertragspersonen ausdrückt, so setzt er also voraus, daß das Recht selbst auf einen Vertrag gegründet ist. Ganz das Gleiche schreibt nun der L. R. S. 710 c. a. vor. Das Herkommen in der Ausübung eines Rechts geht gerade auf den Umfang und die Art und Weise des Gebrauchs des Rechts, und wenn nun das Recht des Zehntbezugs auf einen Vertrag gestützt ist, so soll über den Inhalt dieses Vertrags das Herkommen in der Ausübung des Vertragsrechts entscheidend seyn. Ohne Vertrag ist aber das Herkommen in der Ausübung eines Rechts nichts anders als die nakte Thatsache der Uebung selbst, und durch eine solche nakte Thatsache kann zwar auch ein Recht oder eine Freiheit erworben werden, dieses aber nur dann, wenn die Grund-

*) Aus dem Verbindungswort „und“ (im Satze: „Verträge und Herkommen“) möchte ich nicht ableiten, daß das Herkommen für sich allein keine Wirkung habe, sondern nur in Verbindung mit den Verträgen. Man müßte sonst von den Verträgen selbst das Nämliche gelten lassen, denn auch diese sind ja durch das „und“ mit dem Herkommen verbunden, sie könnten also ebenfalls nur in Verbindung mit dem Herkommen, nicht aber für sich allein Wirkung haben, was wohl Niemand behaupten wird.

Mir scheint übrigens der Satz 710 c. a., wenn man auch dem Herkommen für sich allein schon die dort bezeichnete Wirkung zugesteht, mit dem Satze 6 d. keineswegs im Widerspruch, sondern im Einklange zu stehen.

Der Satz 710 c. a. steht nicht im Eingang des ganzen Kapitels vom Zehntrecht, er bezieht sich nicht auf den Zehnten überhaupt, auf die Zehntherrschaft, auf die Entstehung oder Erlöschung des Zehntrechts an sich. Er steht nur im zweiten Abschnitte, welcher von Zehntbezug handelt, worin die Bestimmungen über den Umfang und Gebrauch eines Zehntrechts (dieses mag an und für sich kraft Gesetzes, kraft Vertrags oder kraft einer Verjährung bestehen) enthalten sind. Hinsichtlich des Umfangs und des Gebrauchs einer Berechtigung ist aber das Herkommen nicht bloß beim Zehnten, sondern nach Satz 6 d. schon im Allgemeinen maßgebend. D. R.

sätze über Ersitzung oder Verjährung zutreffen und vorhanden sind. Der L. R. S. 710 c. a. ist sonach die ausdrückliche Anwendung des allgemeinen Satzes 6 d. auf Zehntrechte, und das wird keines Beweises bedürfen, daß die Auslegung, welche die zwei Sätze des Landrechts vereinigt, vor jener den Vorzug verdient, welche dem Satze 710 c. a. eine Bedeutung geben will, die einen Widerspruch gegen den Satz 6 d. enthält, und zugleich das ganze Rechtsgebäude des Landrechts über Erwerbungsarten des Eigenthums und insbesondere über die Verjährung über den Haufen wirft.

Es läßt sich aber auch noch aus einem weitern Grund nachweisen, daß hier im vorliegenden Rechtsstreit das Herkommen als solches nicht zur Entscheidung desselben dienen kann.

Es besteht hier kein Rechtsstreit zwischen dem Zehntherrn und dem Zehntpflichtigen, sondern die beiden Zehntherrn der Gemarkung Gamshurst sind darüber im Streit, wem von ihnen der Zichorienzehnte gehöre, welcher von den Zehntpflichtigen unweigerlich gegeben wird. Soll nun das Herkommen als solches die Norm der Entscheidung bilden, so muß es dieselbe nach den Vorschriften des L. R. S. 6 f., und insbesondere des L. R. S. 710 c. a. dahin bilden, daß man ein Herkommen nach den Erfordernissen des L. R. S. 6 f. und zwar nach L. R. S. 710 c. a. für die betreffende Ortsgemarkung nachweisen muß.

Für einen Streit zwischen zwei Zehntherrn über den Bezug eines Zehntens geben aber die L. R. S. 710 c. f. u. 710 c. g. die Bestimmungen, wornach er dahin zu entscheiden ist, daß ein Zehnten dem Zehntherren zuzuweisen ist, der denselben in der Gegend einförmig bezieht. Dieser einförmige Bezug in der Gegend ist nun von dem Herkommen einer Ortsgemarkung verschieden, und in dieser Verschiedenheit würde es sich fragen, was denn bei einem Streit unter Zehntherren nachzuweisen ist, ob ein Herkommen von zehn Jahren in der Ortsgemarkung, oder ein zwar keine zehn Jahre verlangender Zehntbezug im Ort, dagegen aber dessen Ausdehnung auch für die umliegenden Orte, und diese Frage müßte wohl am Ende dahin entschieden werden, daß man für den Fall, wo das Herkommen als solches für genügend erachtet wird, ein Zehntrecht zu konstituiren, annehmen müßte, daß im L. R. S. 710 c. f. der dorten aufgestellte einförmige Bezug des Zehntens in der Umgegend eine eigenthümliche Art eines Herkommens bildet, der als besondere Bestimmung des L. R. S. 710 c. f. jener allgemeinen des L. R. S. 710 c. a. voranginge. *) Diese gezwungene der allgemeinen Definition des L. R. S. 6 f. widersprechende Annahme wird aber dadurch wieder vermieden, daß man nach L. R. S. 710 c. a. das alleinstehende Herkommen nicht als Zehntrechte begründend anerkennt, sondern daß es nur dann Gewicht erhält, wenn es sich auf ein vertragsmäßig begründetes Zehntrecht bezieht, *) so daß also die Anwendung der L. R. S. 710 c. a. und 710 c. f. in der Art zu geschehen hat: wenn die in einem Streit liegenden Zehntberechtigungen auf einen Vertrag gegründet sind, so entscheidet dieser Vertrag, wie er nach dem in der Ortsgemarkung geltenden Herkommen sich ausgebildet hat; besteht aber kein Vertrag, so entscheidet der einförmige Bezug des fraglichen Zehntens in der Umgegend.

Aus allem diesem wird gewiß folgen, daß man zumal im vorliegenden Streit zwischen Zehntherren von dem auferlegten Beweis eines Herkommens wieder abgehen mußte.

Auf eine weitere Behauptung der Pfarrei Gamshurst, daß ihr der grüne, alle im Sommer eingepflanzte und reifende Früchte enthaltende Zehnten zustehe, konnte aber ebenfalls kein Beweiserkenntniß geschöpft werden.

Zwischen den streitenden Theilen bestand kein Vertrag über Theilung des Zehntens, und es mußten also nach L. R. S. 710 c. a. die dorten folgenden gesetzlichen Regeln zur Entscheidung des Rechtsstreits dienen. Nun führt aber der L. R. S. 710 c. f. und der auf seine Voraussetzung gebaute Satz 710 c. g. seine Regeln der Entscheidung gerade für den Fall an, wo unter den Zehntherren der Zehnten nach Fruchtgattungen getheilt ist. Eben wegen der Unverläßigkeit der Begriffe großer und kleiner Zehnten wollte man bei Theilung des Zehntens nach Fruchtgattungen bestimmte Vorschriften geben, und diese Vorschriften gelten daher auch auf die ihre Eintheilung ebenfalls nach Fruchtgattungen machende Behauptung des Bestands eines grünen Zehntens, dessen Begriff ohnedieß noch viel unzuverläßiger ist, als jener des großen oder kleinen Zehntens.

Der klagende Fiskus hatte sich ferner im Rechtsstreit auch darauf bezogen, daß in der Umgegend von Gamshurst der Zichorienzehnten im einförmigen Bezug des großen Zehntherrn stehe. Es konnte aber diese sonst relevante Behauptung nach den besondern Verhältnissen des Rechtsstreits ebenfalls nicht zu Beweis ausgesetzt werden.

Nach L. R. S. 710 c. f. wird nämlich ein Streit zwischen den Zehntherren nur dann durch den einförmigen Zehntbezug in der Umgegend entschieden, wenn es sich um eine in der

*) Warum denn dies? — Das Herkommen der Ortsgemarkung geht ja nach Satz 710 c. a. den nachfolgenden Bestimmungen, also auch der Bestimmung des Satzes 710 c. f. vor. Uebrigens muß das Herkommen die Erfordernisse des Satzes 6 f., also auch eine wenigstens zehnjährige Dauer haben, ohne Unterschied, ob es ein Herkommen eines Orts oder einer Gegend sei. D. R.

*) Ein Zehntrecht kann das Herkommen nach Satz 6 d. und nach den Sätzen 710 c. a. — c. w. allerdings nicht begründen, sondern nur den Umfang und Gebrauch eines an und für sich schon bestehenden Zehntrechts bestimmen, dieses jedoch ohne Unterschied, ob das Zehntrecht auf dem Gesetze (Satz 710 b. a. u. ff.) beruhe, oder durch Vertrag oder durch Verjährung erworben worden sei. D. R.

Gegend schon längst gebaute Fruchtgattung handelt, und nach L. R. S. 710 c. g. wird ein Streit über neue Fruchtgattungen, abgesehen von dem dorten angeführten hier nicht eintretenden Fall, daß die neue Fruchtgattung für eine andere alte in Bau kommt, durch Lösung der Frage entschieden, ob die in Frage stehende Frucht für den Handel in das Große tauglich ist oder nicht. Man nahm aber in Beziehung auf die Zichorienpflanze an, daß sie eine neue Fruchtgattung sei, über welche ebendeßhalb noch kein einförmiger Bezug in der Art entstanden seyn könne, daß aus ihm die Entscheidung zu schöpfen sei.

Es mag zwar richtig seyn, daß die Zichorienpflanze schon längst bei uns wächst, sie wächst ja wild, gehört also zu den einheimischen Pflanzen, und es mag selbst richtig seyn, daß sie hie und da schon früher als Viehfutter oder zum Gebrauch in Apotheken dienend gebaut wurde, allein so viel wird man auch anzunehmen berechtigt seyn, daß die Zichorie erst als Surrogat des Kaffee eine Bedeutung gewonnen hat, und daß sie also erst von da an als eine im inländischen Feldbau aufgenommene Frucht zu betrachten ist, von wo an das aus ihr fabrizirte Surrogat des Kaffee selbst eine größere Ausdehnung erhielt. Nun ist es eine bekannte Sache, daß alle die Surrogate der Kolonialwaaren erst durch die Kontinentalsperre entstanden, und erst nach ihr im Handel und in der Fabrizirung eine Bedeutung erhalten haben. Der Zichorienbau als solcher ist an die Existenz von Zichorienkaffeefabriken gebunden. Solche Fabriken sind erst nach Einführung des Landrechts entstanden, haben erst am Ende der 1810er und zu Anfang der 1820er Jahre eine größere Ausdehnung und einen gesicherten Markt erhalten. Erst von da an schreibt sich auch die Anpflanzung der Zichorie im inländischen Feldbau, und in dieser Hinsicht muß sie also als eine neue Frucht des L. R. S. 710 c. g. angesehen werden, welche nach L. R. S. 710 c. f. noch nicht längst gebaut wird. Unter diesen Voraussetzungen liegt also die Entscheidung des Rechtsstreits in der Beantwortung der Frage, ob die Zichorienpflanze eine Frucht ist, welche ihrer Natur nach für den Handel in das Große als tauglich betrachtet werden kann, und diese Frage ist zu verneinen.

Bei der Beantwortung dieser Frage muß man nun vor allen Dingen darüber einig seyn, daß man unter dem Ausdruck des Gesetzes — eine Frucht, welche ihrer Natur nach zum Großhandel tauglich ist — die Frucht in ihrem natürlichen Zustand zu verstehen und der Lösung der Frage zu unterstellen hat, und daß man dabei in keiner Weise das Fabrikat aus der natürlichen Pflanze der Beurtheilung der Frage unterlegen darf, ob sich solches zum großen Handel eignet.

Welches aber die Erfordernisse sind unter denen sich eine Frucht in ihrem natürlichen Zustand zum Großhandel eignet, das führt der L. R. S. 710 c. f. selbst an, indem er davon spricht, daß Früchte blos zum Gebrauch der Markungseigenthümer oder Versorgung nahgelegener Städte wegen Verderblichkeit ihres Stoffs oder wegen der Unbeholfenheit ihrer Masse geeignet sein können, und also deßhalb nicht zum großen Handel tauglich sind.

Beides tritt aber bei der Zichorienpflanze ein, und in beiden Ursachen wird auch die Untauglichkeit einer Frucht zum Großhandel wichtig bezeichnet.

Unter Großhandel versteht man nämlich den Handel der auf größere Entfernung hin die Versorgung der Abnehmer der Handelswaaren übernimmt und bewirkt. Die größere Entfernung, also der ausgedehnte Markt bedingt aber nothwendigerweise auch eine größere Anzahl der Abnehmer, und diese erfordert wieder die Sammlung und Versendung der Waare in größerer Menge. Der Großhandel ist sodann an die fortlaufende Versorgung der Abnehmer der Waare gebunden, und erfordert daher auch den fortwährenden Besitz der Waare in größerer Menge um zu jeder Zeit dem Verlangen der Abnehmer genügen zu können.

Der Sammlung der Zichorienpflanze in ihrem natürlichen Zustand in größerer Menge und auf längere Zeit tritt aber der Umstand entgegen, daß sich die Zichorie in ihrem natürlichen Zustand nicht in größerer Menge aufbewahren und magaziniren läßt. Sie zersetzt sich und verfault bald, wenn man sie in ihrem natürlichen Zustand aufbewahren wollte, weßhalb sie auch alsbald von Producenten in die Zichorienfabriken geführt, und dorten erst durch künstliche Behandlung zur längeren Aufbewahrung in größerer Menge zubereitet und tauglich gemacht wird. Die Zichorienpflanze ist daher in ihrem natürlichen Zustande wegen Verderblichkeit ihres Stoffs nicht zum Großhandel geschickt.

Da weiters der Großhandel auf große Entfernung hinwirkt, und daher die Versendung der Waare auf weitabgelegene Märkte erfordert, so muß die Waare für sich selbst einen solchen Werth haben, daß er durch die Kosten des Transports nicht überstiegen wird, indem sonsten durch die Unverhältnißmäßigkeit der Transportkosten und des Werths der Sache für sich die weitverführte Waare einen solchen Gesammtpreis erhält, daß derselbe die Waare so sehr vertheuert, daß sie entweder keinen Abnehmer mehr findet, oder dem Versender einen so geringen Vortheil abwirft, daß er mit Erfolg nicht die Versendung auf weite Entfernung hin unternehmen kann. Gerade dieses tritt abermals bei der Zichorienpflanze in ihrem natürlichen Zustande ein. Sie ist in diesem Zustande viel zu unbeholfen und mit zu viel werthloser Feuchtigkeit verbunden,

als daß sie für sich selbst einen auch nur etwas bedeutenden Werth haben könnte. Die Verführung der schweren Zichorienpflanze auf weite Entfernung hin würde den Betrag der Transportkosten alsbald über den Werth der Frucht für sich steigern, und da dieser Werth schon deßhalb ein nicht bedeutender ist, weil der Absatz der Frucht in ihrem natürlichen Zustand wegen Verderblichkeit ihres Stoffs sehr beschränkt ist, und weil sie in ihrem natürlichen Zustand von niemanden angekauft wird als von den nicht zahlreichen Zichorienkaffefabrikanten, also wenige Abnehmer besitzt, so ist eine Verführung der Zichorienpflanze auf eine weite Entfernung hin wegen unverhältnißmäßiger Transportkosten gegenüber dem innern Werth der Frucht für sich rein unmöglich, sie kann daher auch aus diesem Grund nicht in den Großhandel kommen.

Die Erfahrung bestätigt alles dieses auf das Vollkommenste, indem sich nachweisen läßt, daß die Zichorienpflanze weder im Großhandel, noch überhaupt nur im eigentlichen Handel bei uns steht.

Wo ein Handel mit natürlichen Früchten getrieben wird, da läßt sich nachweisen, daß die Frucht als solche von Zwischenhändlern bei dem einzelnen Producenten aufgekauft, in größern Massen gesammelt, und alsdann auf weite Entfernung hin verführt wird. So wird z. B. der Tabak, der Hopfen aufgekauft, magacinirt und dann in größerer Menge und in weitere Entfernung verführt. Davon ist bei der Zichorie nichts ersichtlich. Niemand kauft als Zwischenhändler vom Landmann seine Zichorienwurzel, magacinirt sie, und verführt sie dann weit fort, sondern der Landmann führt seine schon im Bau bestellte Frucht dem Zichorienkaffefabrikanten unmittelbar zu, und dieser verarbeitet sie, und treibt seinen Handel nicht mit der Zichorienwurzel, sondern mit seinem Fabrikat. Weil aber der Werth der Frucht für sich selbst kein großer ist, so ist sogar die Verführung der Zichorienwurzel von Seiten des Producenten zu dem Fabrikanten auf die Umgegend der Fabrik selbst beschränkt. Es wird keinem verständigen Landmann im Taubergrund einfallen, Zichorie zu pflanzen und nach Lahr zu führen. Nur in der Umgegend von Lahr, und überhaupt von Zichorienfabriken wird Zichorie gepflanzt. Es giebt im ganzen Land nicht einen Handelsmann, der mit der Zichorienwurzel in ihrem natürlichen Zustand einen Handel, geschweige einen Großhandel treibt. Der Zichorienbau ist nur zur Versorgung nahe gelegener Fabriken bestimmt, und in keiner Weise kann die Zichorie bei der Unbeholfenheit ihrer Masse und bei der großen Verderblichkeit ihres Stoffs als eine zum Großhandel geeignete Frucht betrachtet werden. Auch aus Kartoffeln wird in Fabriken Stärkmehl und in Brantweinbrennereien Brandwein fabricirt, und doch wird niemand deßhalb sagen, daß die Kartoffel eine im Großhandel stehende Frucht ist, obschon der Werth der zu Stärkmehl und Brandwein fabricirten Kartoffeln gewiß ein größerer ist, als der Werth der zu dem leidigen Zichorienkaffe fabricirten Zichorienwurzeln.

Bei der Zweifellosigkeit der Beantwortung der Frage, ob die Zichorienpflanze in ihrem natürlichen Zustande zum Großhandel tauglich seie, daß dieses nicht der Fall ist, konnte es aber auf die im L. R. S. 710 c. w. aufgestellte Regel, daß im Zweifel für den großen Zehnten gegen den kleinen Zehnten zu entscheiden seie (die Großen haben eben überall mehr Recht als die Kleinen, was auch eine und zwar verständliche rechtsphilosophische Betrachtung ist), nicht ankommen, sondern der hier im Streit liegende Zichorienzehnten mußte dem kleinen Zehnten der Pfarrei Gamshurst zugewiesen werden. Sander.

II.

Welche rechtliche Bedeutung hat das Wort Selbstzähler bei Bürgschaften.

In einem Vertrag über Zahlung einer Summe von 1700 fl. hatte sich Jemand als Bürge und Selbstzähler des Schuldners unterschrieben. Bald nachher wurde er auf Bezahlung belangt, und sein Anwalt unterließ es gänzlich, obschon es die Verhältnisse sonst gestattet hätten, der Klage die Einrede der Vorausklage des Schuldners entgegenzusetzen, wahrscheinlich weil er glaubte, es sei eine ganz ausgemachte Sache, daß sich der Bürge, der sich auch als Selbstzähler unterschreibe, des Rechts der Vorschützung der Einrede der Vorausklage des Schuldners begebe. Diese Meinung ist überhaupt ziemlich allgemein verbreitet, und doch unterliegt sie erheblichen rechtlichen Zweifeln.

Daß durch die Unterschrift einer Bürgschaftsurkunde als Bürge und Zähler, oder Bürge und Selbstzähler der Erklärung sich der Einrede der Vorausklage nicht bedienen zu wollen, ausgedrückt werde, lehrt Brauer zu L. R. S. 2021 a. Bem. 16 als etwas ganz gewisses, und nicht zu bezweifeln ist es, daß diese seine Lehre die einzige Grundlage der ihr beitretenden Meinung ist. Frägt man aber nach ihren Gründen, so liegen ihr nur die zwei unter, daß schon nach dem frühern Rechtsgebrauch die Ausdrücke Zähler und Selbstzähler als Verzichte auf die Einrede der Vorausklage angesehen worden seien, und daß diese Auslegung auch jetzt noch Statt finden müsse, weil sonst beide Worte ganz müssig daständen, was nach L. R. S. 1157 nicht seyn dürfe. Weitere Gründe führt Brauer nicht an, und wenn man also beide widerlegen kann, so sollte man glauben, die Meinung selbst widerlegt zu haben.

Daß nun nach dem frühern Rechtsgebrauch mit den Aus-

drücken Zähler und Selbstzähler der Sinn der Entsagung auf die Einrede der Vorausklage verbunden gewesen sei, könnte man zugeben, ohne daß daraus für das jetzige Recht und Gesetz irgend etwas Verbindliches folgt. Der frühere Rechtsgebrauch war auf das frühere Recht und Gesetz gebaut, und da nun dasselbe durch das Landrecht geändert und aufgehoben wurde, so ist mit der Grundlage des frühern Rechtsgebrauchs auch der Rechtsgebrauch selbst und zwar um so mehr untergegangen, als nach L. R. S. 6 d. und 6 e. alles als Gesetz geltendes Herkommen seine Kraft verloren hat, und als insbesondere nach L. R. S. 6 b. nur noch das in Beziehung auf das bürgerliche Recht als Gesetz gilt, was ein Satz des Landrechts geradezu oder folgeweise sagt, mag es auch vorhin als gemeines oder Landesgesetz, aus Gewohnheiten oder Rechtsmeinungen als gesetzlich gegolten haben. Der frühere Rechtsgebrauch über den Sinn des Ausdrucks Zähler oder Selbstzähler in einer Bürgschaftsurkunde beweist also für jetzt nichts Gesetzliches mehr, und will man den auf die Entsagung der Einrede der Vorausklage auszulegenden Sinn des Ausdrucks Zähler oder Selbstzähler als gültig und gesetzlich für das Landrecht behaupten, so muß man darthun, daß dieser Sinn geradezu oder folgeweise aus einer Vorschrift des Landrechts folge, was aber schwer fallen wird.

Ueberdieß ist die Berufung auf den ältern Rechtsgebrauch für sich selbst sehr ungewiß. Die Auslegung des Ausdrucks Zähler oder Selbstzähler auf die Entsagung der Einrede der Vorausklage war unter dem alten Recht keineswegs unbestritten, und grade aus Grundsätzen und Schriftstellern des ältern Rechts ist in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern von 1825 S. 295 — 297 ausgeführt, daß der Ausdruck Zähler oder Selbstzähler keineswegs einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage mit sich führe.

Wenn sonach auf den alten Rechtsgebrauch hinsichtlich der Auslegung der Ausdrücke Zähler oder Selbstzähler kein großes Gewicht gelegt werden kann, wenn man vielmehr aus dem Landrecht nachweisen muß, daß irgend eine Vorschrift desselben den darin liegenden Verzicht auf die Einrede der Vorausklage ausdrücklich oder folgeweise enthalte, so wird man vor allem darüber einig seyn, daß eine dieses ausdrücklich enthaltende Vorschrift des Landrechts nicht besteht, und man wird daher nachweisen müssen, daß diese Auslegung folgerungsweise aus andern bestimmten Vorschriften abzuleiten sei.

Solche Rechtsfolgerungen sind aber schon für sich selbst äußerst unsicher, und gerade hinsichtlich der hier in Frage stehenden wird sich mit bei weitem mehr Grund und Schlüssigkeit nachweisen lassen, daß die auf den Verzicht der Einrede der Vorausklage ergehende Auslegung des Ausdrucks Zähler und Selbstzähler unrichtig und verwerflich ist.

Vorerst ist nun hier in das Auge zu fassen, daß der Verzicht der Einrede der Vorausklage aus keiner Vorschrift des Landrechts über Bürgschaften geschöpft wird, sondern daß man dafür lediglich nichts beizubringen weiß, als die Vorschrift des L. R. S. 1157, wornach man den Worten Zähler und Selbstzähler einen Sinn beilegen müsse, indem sie sonst ganz müssig daständen, und wornach man also auf den Verzicht der Einrede der Vorausklage argumentiren müsse, weil man diesen Worten keinen andern Sinn beilegen könne.

Es ist aber eine bekannte Sache, daß die L. R. S. 1156 — 1164 keine bestimmte in gewisse Gränzen eingeschränkte Vorschriften des Gesetzes sind, sondern daß sie eigentlich nur Fingerzeige, Rathschläge des Gesetzgebers für den Richter über die Richtung erhalten, wornach er bei der Auslegung eines Vertrags zu verfahren habe. Es folgt dieses schon aus der Natur der Sache, weil es unmöglich ist, über die Fälle, wo der gebrauchte Ausdruck zweifelhaft ist, bestimmte Vorschriften zu geben, indem sonst kein Zweifel bestände, und es folgt dieses aus dem Inhalt der L. R. S. 1156 — 1164 selbst, indem sie für sich betrachtet mit einander im Widerspruch stehen, und man ganz leicht eine Auslegung nach der Vorschrift z. B. des Satzes 1157 mit jener Auslegung nach Satz 1162 widerlegen und als unrichtig hinstellen kann.

Geht man aber auch auf die Auslegung der Ausdrücke Zähler oder Selbstzähler nach L. R. S. 1157 ein, so muß man es vor allen Dingen bestreiten, daß daraus ein Verzicht auf die Einrede der Vorausklage folge, und daß sonsten, wenn man diese Auslegung nicht annehme, die Ausdrücke Zähler und Selbstzähler ganz bedeutungslos wären. Es ist dem nicht so.

Wenn man nämlich, wie man muß, hierbei alles Gewicht auf den Ausdruck Zähler und insbesondere Selbstzähler legt, so wird man sagen müssen, daß also Jener, der sich als Zähler und hauptsächlich als Selbstzähler unterschreibt, sich damit verbindet, die Schuld des Hauptgläubigers zu zahlen. Er, er selbst, und nur er selbst soll also diese Schuld zahlen. Nimmt man nun aber an, daß sich mehrere als Zähler und Selbstzähler unterschrieben haben, so haben sie nach L. R. S. 2026 die Einrede der Theilung der Schuld mit dem Erfolg zur Seite, daß der Einzelne nicht auf die ganze Schuld belangt werden kann, sondern daß er nur seinen Antheil daran zu bezahlen hat. In einem solchen Fall wäre also der eingeklagte Zähler oder Selbstzähler keineswegs der Selbstzähler, sondern andere sind mit ihm noch Zähler, und da nun der Ausdruck Selbstzähler offenbar bedeutet, daß man selbst zahlen will, und daß man die Zahlung nicht auf einen Andern, auf ein Nichtselbst werfen will, so würde daraus folgen, daß man den Ausdruck Zähler oder Selbstzähler ebenso gut ja noch mit mehr Recht auf einen Verzicht auf die Einrede

der Theilung auslegen kann, denn auf einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage.*)

Man kann es also sehr wohl bestreiten, daß der, eines Sinns bedürftige Ausdruck Zähler oder Selbstzähler gerade als ein Verzicht auf die Einrede der Vorausklage ausgelegt werden muß, allein man kann es auch noch weiters bestreiten, daß überhaupt nur das Wort Zähler oder Selbstzähler neben dem Wort Bürge müßig dastehe, und daß man also für dasselbe einen eigenthümlichen Sinn suchen müsse, den man nur in einem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage finden zu können behauptet.

Geht man nämlich davon aus, daß die Bürgschaft ein Nebenvertrag ist, der eine andere Schuld durch den Beitritt eines Dritten darin sichern soll, daß sie gegen den Gläubiger erfüllt werden wird, so umfaßt sie im Allgemeinen alle Arten und Weisen, durch welche ein Gläubiger für die Erfüllung seiner Forderung an den Hauptschuldner durch einen Dritten gesichert werden kann. Eine solche Sicherheit liegt nun zwar gewöhnlich darin, daß der Bürge, zumal bei den in Geld oder Geldeswerth bestehenden Schulden verspricht, solche vorkommenden Falls zu zahlen, allein diese Art der Sicherheit ist nicht die einzige, sondern man kann sich auch für die Zahlbarkeit des Hauptschuldners verbürgen, oder man kann bei den in Geldeswerth bestehenden Verbindlichkeiten dafür gut stehen, daß die von einem Kontrahenten hergegebene Sache gut und Eigenthum des Gebenden ist. Und selbst bei den allein in einer Geldschuld z. B. einem Darlehen bestehenden Verbindlichkeiten kann man für einen geringern Betrag, als die Geldschuld hat, dem Gläubiger Sicherheit leisten, so daß es sich also bei jeder Bürgschaft frägt, in welcher Art und Weise von dem Bürgen dem Gläubiger eine Sicherheit geleistet wird, und in welchem Umfang sie geleistet wird, mit andern Worten, wie sie artlich und umfänglich (qualitativ und quantitativ) beschaffen ist.

Faßt man daher unter dieser gewiß richtigen Voraussetzung den Ausdruck Bürge in seiner allgemeinen Beziehung dahin auf, daß damit einem Gläubiger überhaupt für seine Forderung Sicherheit geleistet wird, so erhält das Beiwort Zähler oder Selbstzähler seinen ganz richtigen und natürlichen Sinn dahin, daß diese Sicherheit darin bestehen soll, daß der Bürge nach den sonst für Bürgschaften geltenden Gesetzen die Schuld zahlen, d. h. in Geld entrichten will, und daß er die ganze Schuld und nicht einen geringern Theil zahlen will.**) Es ist daher in keiner Beziehung nöthig, dem Wort Zähler oder Selbstzähler den Sinn eines Verzichts auf die Einrede der Vorausklage zu unterstellen, der ihm bei weitem ferner liegt als der einfache natürliche Sinn, daß Zähler oder Selbstzähler nichts anders bedeutet, als die Art und Weise, sowie den Umfang der geleisteten Bürgschaft auszudrücken und zu bezeichnen.

Es muß aber auch noch aus einem weitern Grund die Auslegung des Worts Zähler oder Selbstzähler auf einen Verzicht der Einrede der Vorausklage verworfen werden.

Es mag zugegeben werden, daß die L. R. S. 1156 — 1164 dem Richter als allgemeine Vorschriften für die Auslegung der Verträge maßgebend sind, es ist aber auch ebenso richtig, daß das Landrecht bei den einzelnen Arten von Verträgen solche Auslegungsregeln gegeben hat, welche alsdann als besondere Vorschriften den allgemeinen der L. R. S. 1156 — 1164 vorgehen müssen.

Betrachtet man nun das rechtliche Wesen der Bürgschaft überhaupt, so liegt dasselbe hauptsächlich darin, daß die Bürgschaft subsidiärer Natur ist, d. h. daß die aus ihr entspringende Verbindlichkeit nur alsdann eintritt, wenn der Hauptschuldner als der in erster Reihe Verpflichtete seine Verbindlichkeit nicht erfüllt. Es gehört also die Nachweisung des Nichtzahlens des Schuldners, und in so fern dessen vorausgehende Einklagung zur hauptsächlichen Bedingung der aus der Bürgschaft entstehenden Verbindlichkeit. Die Einrede der Vorausklage ist also auf das Grundwesen der Bürgschaft auf ihre subsidiäre Natur gebaut, und wo sie nicht besteht, besteht eigentlich gegen den Gläubiger keine Bürgschaft, sondern eine Mitschuldnerschaft, welche von der wahren Mitschuldnerschaft nur in Beziehung auf den Hauptschuldner dadurch verschieden ist, daß der Bürge seine ganze Zahlung der Schuld wieder an den Hauptschuldner verlangen kann und nicht seinen ihn treffenden Antheil der Schuld auf sich behalten muß.

Sowie aber die Einrede der Vorausklage in dem Grundwesen der Bürgschaft liegt, und, sowie Jemand durch Unterzeichnung eines Vertrags als Bürge sich dieses Grundwesens des Bürgschaftsvertrags theilhaftig gemacht hat, so folgt schon aus allgemein richtigen Grundsätzen, daß man das Grundwesen des Bürgschaftsvertrags, nämlich die Einrede der Vorausklage so lange aufrecht erhalten muß, als man nicht auf eine bestimmte und deutliche Weise darthun kann, daß solche Einrede hier nicht bestehen solle. Ebendeßhalb verlangt der L. R. S. 2021 einen Verzicht auf diese Einrede, wenn sie wegfallen soll. Verzichte sollen bestimmt und deutlich seyn, und man wird nicht berechtigt seyn können, aus den Wörtern Zähler und Selbstzähler einen Verzicht auf die Einrede der Vorausklage da zu entnehmen, wo derselbe darin nicht ausgedrückt ist, und wo keine Nothwendigkeit besteht, diesen Sinn in solche Ausdrücke hineinzulegen.

So viel muß man wenigstens zugeben, daß in den Wörtern Zähler und Selbstzähler der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage nicht auf eine bestimmte und deutliche Weise liegt. Nun ist es aber gewiß richtig, daß die mit einem Verzicht auf die Einrede der Vorausklage verbundene Bürgschaft den Bürgen in eine bei weitem schlimmere Lage versetzt, als jene, wo dieser Verzicht nicht geschehen ist. Nach L. R. S. 2015 sollen aber Bürgschaften nicht über die Schranken, in denen sie geleistet wurden, ausgedehnt werden. Es sollen also Bürgschaftsverträge in allen zweifelhaften Fällen zum Besten des Bürgen gegen den Gläubiger ausgelegt werden. Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage ist der Sache nach die Ausdehnung der rechtlich subsidiären Bürgschaft in eine Mitschuldnerschaft. Er geht

*) Wenn der Ausdruck „Selbstzähler" wirklich sagt,
„daß man selbst zahlen will, und daß man die Zahlung nicht auf einen Andern, auf ein Nicht selbst, werfen will,"
so sagt er auch, daß man sich der Einrede der Vorausklage nicht bedienen, also die Zahlungspflicht vorläufig nicht auf einen Andern überwälzen will.

Die Einrede der Theilung ist übrigens dem Bürgen schon allgemein durch das Gesetz (Satz 2025) entzogen, ohne daß es hiezu erst einer besondern Verpflichtung durch Beifugung des Worts „Selbstzähler" bedürfte. D. R.

**) Dazu bedarf es der Verpflichtung als Selbstzähler nicht, denn diese Rechtswirkungen hat schon die einfache Verpflichtung als Bürge. D. R.

am meisten über die Schranken der subsidiären Bürgschaft hinaus, und ein solcher Verzicht darf nach bestimmter Vorschrift des L. R. S. 2015, der die Auslegungsregel des L. R. S. 1162 zur Hauptregel der Auslegung der Bürgschaftsverträge erklärt, nicht aus den Wörtern Zähler oder Selbstzähler entnommen werden, welche, wie gezeigt, einen andern viel natürlicheren Sinn dahin besitzen, daß sie die Art und den Umfang der Bürgschaft bezeichnen.

Soviel wird daher richtig seyn, daß in keinem Fall die Ausdrücke Zähler oder Selbstzähler auf einen Verzicht der Einrede der Vorausklage ausgelegt werden dürfen, und wenn man auch nicht ihren vorstehend bezeichneten Sinn annehmen will, so wird man eben anzunehmen haben, daß sie nichts sind als eine Verstärkung der Uebernahme der Bürgschaft. Und wenn man bedenkt, daß diese Ausdrücke sich aus dem ältern Rechtsgebrauch herschreiben, so wird man auch allerdings annehmen dürfen, daß sie zu gar nichts anderm ursprünglich bestimmt waren, als es recht deutlich und anschaulich zu machen, daß man sich verbürgt hat. Es ist eine bekannte Sache, daß man in der Sprache der ältern Vertragsurkunden glaubte dadurch deutlich zu seyn, wenn man alles darin Vorkommende mit andern Worten wiederholte und wiedersagte, wenn man auf alle Exceptionen und Einreden verzichtete und sich verbindlich machte, Hypotheken und Unterpfand zu bestellen. So ging es auch mit den Wörtern Bürgen, Zählern und Selbstzählern, denn wenn sie gleichbedeutend sind, so hat man sie gerade nach dieser alten Art zusammengesetzt, um ja keinen Zweifel zu lassen, daß man sich verbürgte. Man suchte früher keinen verschiedenen Sinn darin, und man hat daher auch jetzt einen solchen nicht nöthig.

Sander.

III.

Ein Thema der allgemeinen Logik, aus dem rechtsphilosophischen Gesichtspunkte betrachtet.

4. Der Wille.

(Schluß.)

Wenn ein Volk seine religiösen und Rechtsbegriffe, und damit Sitten und Moralität verloren hätte, so hätte es mit dem Wahren auch das Gute eingebüßt, und die neuen Wahrheiten wären jedenfalls noch nicht, was sie seyn sollen, und hätten noch keine Festigkeit in den Gemüthern. Wenn wir sie nach einer allgemeinen Eigenschaft bezeichnen wollen, so sind beide das Wahre und das Gute dieß, daß sie sind, wie sie seyn sollen; wir meinen damit, daß sie ihrem Begriffe gemäß sind. Schon eine einzelne schlechte Handlung ist nur schlecht in so ferne als sie keine rechte, und richtige und wahre ist, und die Einsicht, daß das Böse und das Verbrechen etwas Unwahres ist, was nicht seyn soll, weil es dem Begriffe des anerkannten vernünftigen Willens entgegen ist, spricht die eigenthümliche Bestimmung einer jeden Handlung, und damit die Idee des Rechts und die Definition des Unrechts, und nebenbei auch die Einheit des Begriffs und der Objektivität, vollkommen scharf aus. Dies alles, namentlich das Sollen, wird sich jedoch einer genaueren Darlegung in der Folge nicht völlig entziehen können. Je schwächer und unkräftiger demnach bei einem Volke, durch den Gang der Bildung, das allgemeine Wollen des Rechten und die moralische Basis geworden ist, in desto höherem Grade ist die Forderung der Allgemeinheit und Objektivität in Wollen und Denken für den Richter vorhanden, wenn nicht Recht und Unrecht nur völlig nominell und am Ende auch alle Familienbande gelöst und alles Streben der Menschen ein wüstes chaotisches Haschen nach dem bloßen Scheine werden soll; dem wir bei seinem fürchterlichen Umfange und da er alle Denkverhältnisse durchzieht, noch oft genug begegnen und vielleicht gar einmal ganz absichtlich ihn festzuhalten suchen werden.

Sogleich bei der Betrachtung der Strafe, in sofern sie ganz richtig als Wiedervergeltung angesehen wird, ist das Nächste, was uns entgegentritt, die Rache, Handlung eines völlig subjektiven Willens, und die Forderung, daß in der Strafe der allgemeine Wille des Gesetzes enthalten seyn soll, ist in dieser rohsten Form der Wiedervergeltung noch nicht befriedigt. Wenn es nun nur Richter geben würde, ohne Gesetze, so wäre diese heroische Jurisdiktion so abendtheuerlich, als es undenkbar ist, daß Gesetze ohne wollende Personen zu ihrem Gelten gelangen sollten. Es liegt also in jeder Form der strafenden Gerechtigkeit dieser Widerspruch, daß ein subjektiver, und damit einzelner, Wille vorhanden ist, welcher das Allgemeine will, und dieser Begriff der Strafe enthält folglich schon die Forderung, daß ein Wille vorhanden sei, der als besonderer (subjektiver) das Allgemeine (das Recht als solches) wolle. Ein solcher Wille wird moralisch genannt, und die Moralität des Willens ist mithin die erste Forderung an den Richter. Unter allen möglichen Gestalten des Willens ist diese Erhebung des Besonderen zum Allgemeinen und die Erhaltung seines subjektiven Willens auf dieser objektiven Höhe für den Juristen das Schwierigste (denn es ist eine fortgesetzte That und nicht durch Einen Willensakt zu beseitigen), aber eben darum auch das Höchste und Preißwürdigste, und alle Wirklichkeit des Rechts beruht auf solchen erhobenen Subjektivitäten. Der Richter ist seiner Idee nach die vollendete moralische Persönlichkeit, und wenn die Freiheit das Prinzip dieses Standpunktes ist, so ist in dem Richter die freie Selbstbestimmung der Subjektivität zur neidlosen Allgemeinheit als moralischer Wille vorhanden.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 50. Karlsruhe den 15. Dezember 1838.

I.
Straßenraub.
(Wegen Verurtheilung auf Indicien.)

Obwohl dieser Fall sich schon am 4. September 1836 ereignet hat, so ist dennoch das Urtheil erst am 26. April 1838 von großherzoglichem Hofgerichte gefällt worden, weil sich dem Fortgang der Untersuchung mehrfache Hemmnisse entgegen gestellt hatten, welche hier in Kürze berührt werden sollen.

Das Verbrechen ward auf großherzoglich hessischem Staatsgebiet verübt und daher zunächst die Thätigkeit der dortigen Behörden in Anspruch genommen, welche bemüht waren, den Thatbestand zu erheben und die Räuber zu verfolgen.

Löb Himmel, der Bote des Beraubten Joseph Marx von Strümpfelbronn, welcher dem Landgerichte Michelstadt des Komplotts mit den Räubern verdächtig schien, wurde sogleich unter besondere Aufsicht gestellt und dann im Arrest behalten, bis es ihm am 19. Oktober 1836 gelang, aus dem Gefängniß zu entwischen und seine Heimath zu erreichen.

Er sistirte sich des andern Tages bei dem Amte Eberbach, welches ihn aber wieder entließ und am 6. November auch noch die schon in der Nacht vom 4. September verhafteten Inkulpaten G. Ad. Beisel und Nic. Düfrin von Strümpfelbronn in Freiheit setzte, weil ihm, seitdem die Akten am 17. September dem Landgerichte Michelstadt als forum del. com. übersendet worden, keine weitere Mittheilung oder Nachricht zugekommen war, als die, daß L. Himmel aus dem Gefängnisse entflohen sei.

Am 26. November wurde Beisel in Mosbach wieder verhaftet, weil er dort auffallend viel Geld ausgegeben und sich betrunken hatte. Er entsprang zwar, allein man brachte ihn am folgenden Tage neuerdings zur Haft.

Nachdem das Amt Eberbach die jüngsten Anzeigen verfolgt und das Landgericht Michelstadt von dem Ergebniß in Kenntniß gesetzt hatte, ohne darauf eine Antwort zu erhalten, ließ es den Beisel am 5. Januar 1837 wieder frei. Derselbe hat sich jedoch alsbald durch Verschwendung und insbesondere durch das Ausgeben von zwei Goldstücken abermals in so hohem Grade verdächtig gemacht, daß er am 15. Februar zum drittenmal festgenommen wurde.

Mittlerweile hatte das Amt Eberbach in einem Bericht vom 26. Januar dem großherzogl. Hofgericht den Stand der Dinge angezeigt und um dessen Einschreitung gebeten, damit ihm die Akten von dem Landgerichte Michelstadt zurückgesendet werden, um die Kostendekretur erwirken zu können.

Mehrfällige Kommunikationen mit dem großherzogl. hessischen Hofgerichte der Provinz Starkenburg zu Darmstadt hatten zur Folge, daß endlich am 11. April die Akten an das Amt Eberbach zurückgelangten, von welchem sie sofort, früherer Weisung gemäß, dem Gerichtshof vorgelegt wurden.

Darauf erhielt das Amt, welches sich bisher nur als requirirten Richter angesehen unterm 22 ejusd. eine umfassende Anleitung, wie es als forum domicilii et deprehensionis die Untersuchung fortsetzen und ergänzen soll. Zugleich ward die Wiederverhaftung des Nic. Düfrin und die Fortdauer des gegen Gg. Ad. Beisel verhängten Arrestes angeordnet. Allein am 29. April brach Beisel aus dem Gefängnisse und irrte einige Tage in den Wäldern umher, bis er, durch die Verfolgung der Gendarmen genöthigt, sich am 2. Mai wieder bei dem Untersuchungsrichter stellte und als Grund seiner Entweichung angab, daß er nur wieder einmal nach Haus gewollt habe.

Am 2. Juni legte Düfrin ein umständliches Bekenntniß ab, welches nicht nur weitere Nachforschungen sondern auch die Verhaftung des L. Himmel veranlaßte. Dabei verblieb es jedoch nicht; denn am 14. ejusd. widerrief Düfrin sein Geständniß. Erst am 7. August nahm er den Widerruf zurück und fügte einige weitere Revelationen hinzu, welche mehrfache Erörterungen nach sich zogen. Dazu gesellte sich noch ein Wechsel in der Person des Inquirenten, wodurch der Schluß dieser Untersuchung bis gegen das Ende des Monats Dezember verzögert wurde

Nach erhobener Defension erließ das großherzogl. Hofgericht auf erstatteten Vortrag unterm 26. April 1838 folgendes Urtheil:

„Daß Gg. Ad. Beisel, so wie Nic. Dûfrin des an J. Marx von Strümpfelbronn verübten Straßenraubs für schuldig zu erklären und daher jeder derselben zu einer in Mannheim zu erstehenden zehnjährigen scharfen Zuchthausstrafe und mit sammtverbindlicher Haft des Einen für den Anderen in gleichem Maaße, zum Ersatz des Geraubten, bestehend in einer Gurte mit 750 fl. Geld, und in einem Beutel mit 37 fl. Geld, wie zur Tragung der Untersuchungskosten zu verurtheilen, auch jeder in die durch seine Straferstehung veranlaßten Kosten zu verfällen; L. Himmel dagegen der Theilnahme an diesem Straßenraube für klagfrei zu erklären und mit allen Kosten zu verschonen sei.“ —

Entscheidungsgründe.

Handelsmann Jos. Marx von Strümpfelbronn, Bezirksamts Eberbach, wollte im Spätjahr 1836 die Frankfurter Messe besuchen. Aus Besorgniß, es möchte ihm von Haus aus etwas widerfahren, hatte er eine versiegelte Gurte mit 750 fl. Geld im Voraus zu dem Judenwirth Meier Joseph in das benachbarte großherzogl. hessische Städtchen Beerfelden bringen lassen, und in der Nacht vom 3. — 4. September 1836 trat er in Begleitung eines Boten, Namens Löb Himmel von Strümpfelbronn, die Reise an, welche über Beerfelden, Michelstadt u. s. f. durch das Großherzogthum Hessen gehen sollte.

Von Beerfelden aus trug der Bote die Gurte um den Leib, während Jos. Marx in einem Beutel in der Hosentasche noch weitere 37 fl., worunter 2 holländische Zehnguldenstücke in Gold, bei sich hatte.

Als sie auf der Landstraße bis gegen das Dorf Ebersberg im Bezirk des hessischen Landgerichts Michelstadt gekommen waren, wurde Jos. Marx plötzlich von zwei mit Prügeln bewaffneten, und in weiße Hemden verkleideten Männern angefallen, auf den Kopf geschlagen, zu Boden gerissen und ihm, während er dem Boten zurief, mit der Gurte davon zu eilen, der Geldbeutel aus der Hosentasche herausgeschnitten und von den Räubern mitgenommen.

Er eilte sogleich nach Ebersberg hinein, rief um Hülfe, um die Gurte zu retten, womit der Bote noch zurück war, und gieng dann mit mehreren Leuten, welche aus den Häusern herbeigekommen waren, den Weg zurück. Bald kam ihnen der Bote wehklagend entgegen, und erzählte, daß auch er, als er eine Strecke zurückgelaufen, von 5 Räubern überfallen, mißhandelt und der Gurte beraubt worden sei.

Sie machten nun sogleich bei dem Ortsvorgesetzten von Ebersberg und sofort bei dem Landgericht Freienstein die Anzeige, welches sie jedoch an das Landgericht Michelstadt zurückwieß, von welchem die Untersuchung alsbald eingeleitet wurde.

Schon das Landgericht Freienstein hatte Verdacht geschöpft, nicht allein, daß der Bote Löb Himmel mit den Räubern einverstanden gewesen, sondern daß auch die Letztern dem Beraubten aus der Heimath nachgefolgt seien, und hatte daher noch an demselben Morgen das Bezirksamt Eberbach von dem Vorfall in Kenntniß gesetzt. Eine allgemeine Aufforderung an alle Ortsvorgesetzte des Amtsbezirks Eberbach hatte den Erfolg, daß an demselben Abend zwei Individuen von Strümpfelbronn, nämlich der ledige Bursche Georg Adam Beisel und der verheirathete Bürger Nikolaus Dûfrin, festgenommen wurden, welche bei der Haussuchung vermißt worden waren.

Ungeachtet vieler Verdachtsgründe, welche sich gegen diese Personen ergaben, leugneten beide lange Zeit ihre Mitwirkung zu dem Raube. Endlich aber legte Nikolaus Dûfrin ein umfassendes Geständniß ab, daß er und Georg Adam Beisel diesen Raub wirklich verübt hätten, und zwar im Einverständniß mit dem Boten Löb Himmel, der ihnen bei der Beraubung des Jos. Marx die Gurte freiwillig übergeben habe.

Georg Adam Beisel aber, sowie der Bote Löb Himmel, welcher aus dem Untersuchungsarrest, worin er in Michelstadt saß, entwichen war, und sich ebenfalls vor dem Bezirksamt Eberbach gestellt hatte, waren zu keinem Geständniß zu bewegen. Selbst Nikolaus Dûfrin versuchte, sein Geständniß zu widerrufen, kehrte aber wieder zu demselben zurück und behauptete es nicht nur in der Konfrontation mit den beiden Uebrigen, sondern auch im Schlußverhör.

Die vorliegende That erscheint ihren allgemeinen Merkmalen nach als das Verbrechen des Raubs, wie das Strafedikt vom 4. April 1803 §. 67 solchen bezeichnet, und obgleich die That im Ausland verübt wurde, so ist dennoch die Zuständigkeit der diesseitigen Gerichte begründet, weil nach den Erläuterungen zum Strafedikt (Rgbl. 1812, Nr. 20) § 2 für solche Fälle der Bezirk der Heimath oder der Ergreifung den Gerichtsstand bestimmt und eine Auslieferung der inländischen Verbrecher an ausländische Gerichte nicht statt findet.

Auch ist diese That nach den inländischen Strafgesetzen zu beurtheilen, weil sie von Inländern an einem Inländer verübt, auch der Entschluß dazu im Inland gefaßt, und nur durch Verfolgung des Beraubten in's Ausland vollführt worden ist, in welchem Fall der Verbrecher der Wirksamkeit der inländischen Strafgesetze weder nach al-

gemeinen Grundsätzen (Feuerbach, Lehrbuch §. 31 — Heffter, Lehrbuch §. 26 und 35), noch nach dem Geiste der badischen Strafgesetze enthoben ist.

Staatsvertrag mit der Schweiz v. 30. Aug. 1808, §. 8 (Rgbl. 1810, Nr. II).

Entwurf eines Strafgesetzbuches für Baden §. 4.

In dem vorliegenden Fall ist nun

der objektive Thatbestand

des Raubes hergestellt: denn was

1) die geraubten Gegenstände betrifft, so ergibt sich

a) aus der eidlichen Aussage des Jos. und Isaak Marx, der Wittwe Moses Marx und des Judenwirths Meyer Joseph von Beerfelden, daß Ende Aug. 1836 eine versiegelte Gurte, welche nach Angabe der drei erstgenannten Zeugen an eigenthümlichem Geld derselben die Summe von 750 fl. enthielt, nach Beerfelden gebracht wurde.

b) Aus der eidlichen Angabe des Jos. und Isaak Marx und die Wittwe Moses Marx, daß Ersterer nebstdem noch einen Geldbeutel mit 37 fl. Geld, worunter 2 holländische Zehnguldenstücke in Gold, bei seiner Abreise am 3. September 1836 zu sich genommen hatte.

c) Aus der eidlichen Aussage des Jos. Marx und Löb Himmel, daß diese Beide mit eben dieser Gurte und (wie Ersterer angiebt) auch mit dem Geldbeutel sammt den gedachten Geldsummen in der Nacht vom 3. — 4. Sept. 1836 bis zum Ort der Beraubung gekommen waren.

d) Aus dem eigenen Geständniß des Inkulpaten Düfrin, daß eine solche Gurte und ein solcher Beutel während der Beraubung bei Jos. Marx und Löb Himmel gefunden worden, wobei es auf die abweichende Angabe, daß in dem Geldbeutel nur 26 fl. gewesen, gegenüber den eidlichen Zeugnissen der Marxschen Familie, um so weniger ankommen kann, als Inkulpat Düfrin darüber eine bestimmte Wahrnehmung nicht gemacht hat.

2) Die Entziehung dieser Gegenstände durch Gewaltanwendung gegen die Person des Beraubten ist erwiesen:

a) durch die eidliche Aussage des Jos. Marx und theilweise durch jene des Löb Himmel, wonach der Erstere in der Nacht vom 3. — 4. September 1836 nahe bei Ebersberg von 2 Männern mit Prügeln angefallen, auf den Kopf geschlagen, und ihm der Geldbeutel aus der Hosentasche geschnitten worden ist, die Gurte aber unmittelbar nach dem Angriffe sich nicht mehr im Besitz des Jos. Marx, oder des Boten befand.

b) Durch das Geständniß des Inkulpaten Düfrin, wodurch alle diese Thatsachen und zwar hinsichtlich der Gurte dahin bestätigt werden, daß er, Düfrin, selbst, während der Mitthäter Beisel noch mit Jos. Marx beschäftigt war, die Gurte mit sich fortgenommen habe.

c) Durch das eidliche Zeugniß mehrerer Bürger von Ebersberg, wonach Jos. Marx in jener Nacht hülferufend und blutigverwundet daselbst erschienen war; durch den wundärztlichen und vom Physikat Eberbach bestätigten Erfund mehrerer Verwundungen am Kopfe des Jos. Marx; durch den richterlichen Augenschein am Orte der That; durch den Befund der Hosentasche des Jos. Marx, welche ungleich abgeschnitten war.

Nach Angabe des Boten Löb Himmel soll nun zwar ein zweiter Raub an der Person des Letztern durch 5 andere Räuber stattgefunden haben: allein diese Angabe hat sich weder durch den Befund an seiner Person, noch am Orte des vorgeblichen Angriffs im mindesten bewährt, vielmehr hat einer der beiden Räuber, welche den Jos. Marx angriffen, zugestanden, daß Niemand anderst, als sie Beide auch die Gurte mitgenommen haben, und die Angabe des Löb Himmel verdient um so weniger Rücksicht, als er des Einverständnisses mit den beiden Räubern selbst dringend verdächtig erscheint.

Die Thäter.

Hinsichtlich den 3 Inkulpaten, welche wegen dieses Raubs in Untersuchung genommen worden sind, liegt gegen den Inkulpaten

A. Nikolaus Düfrin

vollständiger Beweis vor, nämlich

1) sein eigenes Geständniß, an dessen voller Beweiskraft nicht zu zweifeln ist, indem Düfrin sich damit gegen sein eigenes Interesse zu einem mit schwerer Strafe verpönten Verbrechen bekennt, indem er dieses Geständniß mehrmals gleichförmig wiederholt und in der Konfrontation mit andern standhaft behauptet hat, indem dieses Geständniß allen Zeichen nach, wofür insbesondere auch der bisherige gute Leumund Düfrins und sein Benehmen in der Konfrontation mit Beisel spricht, aus Gewissensregung hervorgegangen ist, und überdieß nicht nur mit allen anderweit erhobenen Umständen übereinstimmt, sondern selbst viele Thatsachen offenbart, welche Düfrin ohne seine Mitwirkung nicht hätte wissen können, wohin z. B. die genaue Beschreibung des Orts der That, der Gurte und Geldsorten, des auf dem Beraubungsort gefundenen Haselstocks, das Begegnen mehrerer Bursche in Oberfensbach und Hetzbach und insbesondere die mit denselben gewechselten Reden, das Nachfragen in mehreren Häusern in Bullau u. s. w. gehört.

Zwar hatte Inkulpat Düfrin dieses Geständniß eine zeitlang widerrufen und behauptet, es sei ihm durch Zusicherung der Freiheit entlockt worden: allein letzterer Umstand ist auf den Vorhalt des Untersuchungsrichters und

des Amtsdieners von Düfrin selbst wieder aufgegeben worden, und den Widerruf selbst wußte Düfrin durch weiter nichts, als durch ein angebliches Alibi zu begründen, welches letztere durch die von ihm selbst angeführten Zeugen, nämlich die Hirschwirths Bielers Ehefrau von Sattelbach, durch den Dreher Jos. Schäfer von Mosbach, durch Ferdinand Ros von Sattelbach, und endlich durch seine eigene Frau *) vollkommen widerlegt ist.

Gegen den Inkulpaten Düfrin liegt ferner vor:

2) sein, sowohl durch seine eigene Angabe, als durch das Zeugniß des Valentin Strumpfler von Strümpfelbronn bewiesenes aussergerichtliches Geständniß, wonach Düfein dem Letztern zur Zeit, wo er frei war, seine Theilnahme an dem vorliegenden Raub auf gleiche Weise vertraut hatte, wie er sie später gerichtlich eingestand.

Diese Geständnisse werden

3) außerdem durch eine Reihe Inzichten unterstützt, insbesondere dadurch, daß Inkulpat Düfrin bei seiner Nachhausekunft von der That einen blauen Wams trug, und eilig ablegte, welcher dem Mitthäter Beisel gehörte; daß er das Entlehnen dieses Wamses von Beisel anfänglich hartnäckig leugnete; daß er seine Abwesenheit in jener Nacht anfänglich nicht nur zu verheimlichen, sondern auch ein Alibi zu beweisen suchte; ferner, daß Düfein vor der That mit Beisel zusammen war, daß in der fraglichen Nacht kurz vor der That in Obersensbach und in Hetzbach zwei Männer in der Richtung zum Ort der That und ebenso nach der That in Bullau und in Friedrichshof gesehen wurden, wovon die Beschreibung des Einen auf Düfrin paßt; daß Düfrin sich bei seinem anfänglichen Leugnen in viele Widersprüche verwickelte.

Durch das Geständniß Düfeins in Verbindung mit den Beweisen, welche oben in Beziehung auf den objektiven Thatbestand angeführt sind, ist aber hergestellt, daß Düfrin sich mit dem Mitthäter Beisel förmlich verabredete, daß und auf welche Weise sie den Jos. Marx seines Geldes berauben wollten, daß Düfrin sich zur Ausführung durch Zuhandname eines grünen Haselstocks und durch Ueberziehen seines Hemdes über die Kleider vorbereitete; daß er sofort bei der Ausführung selbst Alles that, was er bei der Verabredung zugesichert hatte, indem er den Jos. Marx zuerst angriff, mit dem Haselstock auf ihn losschlug, ihm, als er zu Boden lag, den Mund zuhielt, und ihn würgte; sodann auf den Boten Löb Himmel zugieng, und ihm die Gurte mit dem Geld abnahm und davon eilte; ferner, daß Düfein nach der That die Gurte tragen half, bei der Theilung des Geldes sowohl aus der Gurte, als aus dem Geldbeutel einen Antheil zu sich nahm, ihn zu Hause verbarg und später, nachdem er aus dem ersten Untersuchungsarrest entlassen war, wieder aufsuchte.

Damit ist der objektive und subjektive Thatbestand seiner Theilnahme an dem Raube gesetzlich erwiesen und insbesondere liegt auch hinsichtlich der Gurte eben dieses Verbrechen vor: denn entweder reichte der Bote die Gurte unfreiwillig dar; dann war dieß eine Folge des auf den Eigenthümer des Geldes geschehenen, dem Scheine nach lebensgefährlichen Angriffs, worin für den Boten ein hinreichender moralischer Zwang lag, dem nachher auf ihn losgehenden Räuber die Gurte zu überlassen; oder der Bote übergab die Gurte als Komplice, wie Düfrin behauptet, und dann war die Ueberwältigung des Jos. Marx abermals das Mittel, um ihn auch der Gurte zu berauben, wobei es auf den Umstand, daß der Bote die Gurte trug, um so weniger ankommen kann, als Jos. Marx dadurch, daß der Bote die Gurte neben ihm hertrug, noch nicht aus der unmittelbaren Verfügung oder Wehr derselben gesetzt war.

Henke, Handb. des Krim. Rechts, B. III S. 150.

Hester, Lehrbuch des Krim. Rechts, §. 517.

In Anbetracht nun, daß Düfein hiernach zur Beraubung des Jos. Marx als Komplice mitgewirkt hat;

In Erwägung, daß es dabei auf die Behauptungen desselben, daß er nämlich den Beraubten nicht auf den Kopf getroffen, und daß er von dem geraubten Gelde nicht die Hälfte, sondern weniger als ⅓ erhalten habe, nicht ankommen kann, indem Düfrin als Komplice alle Folgen der That sich zumessen lassen muß, zumal da, was die Verwundung betrifft, sowohl aus der eidlichen Aussage des Jos. Marx, als aus der Beschaffenheit des auf dem Beraubungsort gefundenen Prügels sich ergiebt, daß Düfrin den Beraubten auf den Kopf getroffen hat.

In Erwägung, daß auch die Angabe des Düfrin, daß Inkulpat Beisel der Haupturheber der That gewesen sei, wiewohl an sich sehr wahrscheinlich, dennoch durch andere Beweismittel nicht genügend hergestellt ist, und dieß auch hier, wo es sich um Anwendung einer festbestimmten Strafe handelt, hinsichtlich der Bestrafung des Düfrin nicht von Einfluß ist;

In Erwägung, daß gesetzliche Milderungsgründe für ihn nicht vorliegen, aber auch dafür, daß die Mißhandlung des Beraubten weiter gehen sollte, als nöthig war,

*) Diese hatte zwar anfänglich, so lang ihr Mann selbst leugnete, standhaft versichert, daß er in der fraglichen Nacht an ihrer Seite geschlafen habe, auch bestätigte der Bruder des Löb Himmel, daß Düfrin an dem fraglichen Abend schon vor 8 Uhr zu Bett gegangen. Späterhin gab sie jedoch, auf Eröffnung des von ihrem Manne abgelegten Geständnisses, als richtig zu, daß er beiläufig um 10 Uhr, als es außen am Fenster geklopft, aufgestanden und fortgegangen, auch erst in der folgenden Nacht zurückgekommen sei. D. E.

um den Widerstand desselben abzuwenden, keine Inzichten vorhanden sind;

Nach Ansicht des übereinstimmenden Gutachtens der Gerichtsärzte, wonach die Verwundungen des Jos. Marx ohne bleibenden Nachtheil geheilt sind;

Im Hinblick auf das Strafedikt §. 67 und 19, so wie auf die L. R. S. 1382 bis 1382 f. ist, wie geschehen, erkannt worden.

B. Georg Adam Beisel.

Auch gegen diesen Inkulpaten liegt hinreichender Beweis vor, daß er an der Beraubung des Jos. Marx Theil genommen hat, nämlich

1) das Zeugniß des Mitschuldigen Düfrin.

Derselbe war nach dem Zeugniß seiner Vorgesetzten vor der That als ein rechtschaffener Mann bekannt, und sein Geständniß selbst, sowie sein Benehmen in der Konfrontation mit Beisel zeigen unverkennbare Spuren einer bessern Natur. Düfrins Angaben haben sich in allen andern Beziehungen bis zur Evidenz erwiesen, und ein Interesse bei der Nennung seines Mitschuldigen kann er nicht haben, da er sich ja in der Strafe damit nicht zu erleichtern strebt, sondern sich als Komplicen desselben bestellt, den die gleiche Strafe trifft, eine Ueberzeugung, die Düfrin dadurch bekräftigt hat, daß er sogleich bat, ihn zur Antretung der Strafe einstweilen in's Zuchthaus abführen zu lassen.

Zu dieser innern Wahrscheinlichkeit seiner Angaben kommt aber noch, daß er mit dem Inkulpaten Beisel stets in gutem Vernehmen stand, wie schon die von Beisel selbst zugestandene Thatsache beweißt, daß Beisel öfter und zwar selbst noch am Abend vor der That mit Düfrin zusammen war; daß Beisel selbst keinen Grund anzugeben weiß, warum Düfrin falsch gegen ihn aussagen sollte; daß ein sonstiger vertrauter Umgang Düfrins mit irgend Jemanden nicht bekannt, dagegen aber gewiß ist, daß der sonst furchtsame Düfrin ohne Mitwirkung gerade eines solchen unternehmenden Burschen, wie Beisel, sich zur That nicht entschlossen haben würde; daß Düfrin schon bei seinem außergerichtlichen Geständnisse, wobei er gar keinen Grund hatte, die Wahrheit zu entstellen, den Beisel als den Mitthäter bezeichnete; daß endlich, wenn Düfrin etwa den wahren Thäter auf Kosten Beisels hätte verheimlichen wollen, dieß bei der — noch am Tage der That vorgenommenen Haussuchung, wobei nur Beisel und Düfrin fehlten, nothwendig hätte an den Tag kommen müssen.

Bei solchen Umständen ist das Zeugniß eines Mitschuldigen nach der Ansicht der Strafrechtslehrer wohl geeignet, eine hohe Wahrscheinlichkeit zu begründen, wofür sich auch der oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen hat.

Mittermeier Strafverfahren Bd. II. §. 165.
Feuerbach Lehrbuch des Cr. R. §. 559.
Oberhofger. Jahrb. n. F. Bd. IV. S. 252—53.

Dieses Zeugniß wird aber

2) durch die dringendsten Inzichten unterstützt: denn

a. gleich bei seiner ersten Verhaftnahme war Inkulpat Beisel bemüht, ein Alibi zu beweisen und brachte dafür so offenbare Lügen vor, daß gerade dadurch der Verdacht seiner Abwesenheit bestärkt wird. Nachdem er sich in den ersten Verhören des für ihn so wichtigen Umstandes, daß er sich in der Nacht vom 3.—4. September 1836 bei der Ehefrau des Bäckers Lininger um die Zeit erkundigt habe, nicht mehr erinnert haben will, giebt er solchen erst 15 Tage später an und will zu dieser Nachfrage dadurch veranlaßt worden seyn, weil in jener Nacht der Mond so schön geschienen habe, daß er geglaubt, es sei Tag, während doch der Kalender von 1836 ausweist, daß der Mond damals im letzten Viertel stand; nachdem er ferner behauptet hatte, er sei an jenem Sonntagmorgen dem Valentin Link von Wagenschwand begegnet und habe mit demselben gesprochen, erklärt ihm dieser eidlich ins Gesicht, daß dies nicht wahr sei und Beisel weiß darauf nichts zu erwiedern, als er müße sich geirrt haben, während er den Link, wenn er mit ihm sprach, doch wohl genau erkannt haben mußte.

Zwar legte die Ehefrau des Bäcker Lininger anfänglich ein Zeugniß ab, welches Beisels Angabe zu bestätigen schien; allein abgesehen davon, daß diese Frau nach dem Zeugniß des Pfarramts und Gemeinderaths beschränkter Geistesbildung ist, in drückenden Verhältnissen lebt und daß deren Ehemann vor der nachträglichen Angabe Beisels offenbar mit dem Letztern kolludirt hatte, erklärt diese Zeugin einmal, daß sie jene Nacht nicht mehr bestimmt wisse, daß es in jener Nacht nicht dunkel, aber auch nicht hell gewesen sei, sondern geregnet habe, daher dies nicht dieselbe Nacht gewesen seyn kann, von welcher Beisel spricht. Sodann auf Vorhalt dieses Widerspruchs geräth sie in sichtbare Verlegenheit und ändert zuletzt ihre Angabe dahin, es sei damals so dunkel gewesen, daß sie den Beisel nicht gesehen, sondern den Fragenden nur der Stimme nach dafür gehalten habe.

Somit bleibt dem Beisel nur noch das Zeugniß des Zinngießers Schmitt und der Barbara Berlinger übrig, zweier Leute von so schlechtem Ruf und so vertrautem Verhältniß mit Beisel, daß ihre Aussagen gegenüber andern Zeugnissen nicht den mindesten Glauben verdienen.*)

*) Der Zinngießer Schmitt, bei welchem die als Vagantin bekannte B. Berlinger wohnt, ist ein Ueberbleibsel der Hölzerlieps'schen Bande und dessen Tochter die Concubine des Beisel.

D. E.

Wenn nun hierdurch die Angabe Düfrins, daß Inf. Beisel in jener Nacht nicht zu Hause war, verstärkt wird, so ist

b. durch das eigene Geständniß desselben und durch Düfrins Aussage hergestellt, daß er mit diesem Mitschuldigen an dem fraglichen Samstag Abend beisammen war; es ist

c. ferner durch die eidliche Aussage der Elisabetha Ihrig, welcher Löb Himmel nicht widerspricht, erwiesen, daß er mit diesem, der Mitwissenschaft um den Raubplan dringend verdächtigen Begleiter des Beraubten an eben jenem Abend beisammen war und sich mit demselben ¼ Stunde lang unterredete, während Beisel nur ein Paar Worte mit demselben an einem andern Ort gesprochen haben will, wodurch mithin die Angabe Düfrins, daß Beisel ihn der getroffenen Verabredung mit Löb Himmel versichert habe, abermals bestärkt wird;

d. nach der eidlichen Aussage mehrerer Bursche von Obersensbach und Hetzbach kamen in eben jener Nacht kaum 1—2 Stunden vor dem Raub zwei Männer durch diese Orte, wovon die Beschreibung des Einen hinsichtlich der Gestalt und Kleidung ganz mit jener des Beisel übereinstimmt, wodurch also Düfrins Angabe, daß Beisel sein Begleiter gewesen, wieder unterstützt wird;

e. der beraubte Joseph Marx bemerkte, daß die Räuber unter den Hemden dunkelblaue Kleider trugen, was mit der Kleidung, die Beisel an jenem Sonntag eingestandenermaßen trug, übereinstimmt;

f. nach der That erschienen Nachts 2 Männer in Bullau und die Beschreibung, welche die dort um den Weg befragten Leute von dem Einen derselben machen, trifft abermals mit Beisels Gestalt und Kleidung überein, bestätigt also wieder die Angabe des Düfrin.

g. In Friedrichsdorf, woselbst Beisel Abends nach der That eingestandenermaßen war, erschien Beisel in eben dieser Kleidung. Ein Zeuge sah, daß er nicht den Weg herkam, den er vorgab, zwei Zeugen sahen ihn, daß er nicht allein ins Dorf kam, sondern in Gesellschaft eines andern blaugekleideten Mannes, während Beisel dies selbst in der Konfrontation hartnäckig läugnet, Beisel will nun damals noch gar nichts von dem Raub gewußt haben:*) welchen Grund konnte er nun haben, einen falschen Weg anzugeben und die Gesellschaft eines Mannes zu leugnen, der ihm ja zufällig begegnet und ein ganz anderer Mann gewesen seyn konnte, als der spätere in Verdacht genommene Düfrin? Zudem war Düfrin bisher ein rechtschaffener Mann, von welchem Beisel nicht voraussetzen konnte, daß er eines Verbrechens werde überwiesen werden, wenn er davon nicht schon gewußt hätte.*)

Drei Zeugen sagen uns, daß Beisel sehr erhitzt in's Wirthshaus kam, wo er schon vor der Hausthüre Wein bestellt hatte, daß er sich sehr eilig wieder entfernte und daß er sich nach der Aussage eines Zeugen im Vorbeigehen vor ihm sehr auffallend benommen habe. Nun will aber Beisel gerade vorher einen langen Mittagsschlaf im Wald gemacht haben und war sein Ausflug überhaupt nur ein Spaziergang, so läßt sich sein Benehmen nicht erklären, vielmehr wird dadurch die Angabe des Mitschuldigen Düfrins auf alle Weise bestätigt.

h. Nach eidlichen Angaben des Joseph Marx und Löb Himmel hatten beide Räuber die Hemden über die Kleider gezogen und Düfrin bestätigt, daß er und Beisel dies gethan hätten. Nun wurde aber an Beisels Hemd ein großer Flecken entdeckt, den schon der Gefangenwärter für einen Flecken von Straßenkoth ansah, den die chemische Untersuchung als wie Straßenkoth sich verhaltend erkannte und von welchem das Landgericht Michelstadt bestätigte, daß er von dem am Beraubungsort befindlichen Koth herrühren könne. Läßt sich nun auch eine volle Idendität nicht herstellen, so ergiebt sich dennoch ein gegründeter Verdacht daraus, daß Beisel, anstatt eine natürliche Entstehung des Fleckens zuzugeben, seine Zuflucht zu der Vorspiegelung nimmt, daß derselbe von einem Mistflecken von den Hosen durchgeschlagen habe, was sich bei näherer Prüfung als durchaus unwahr erwiesen hat.

i. Düfrin hatte bei dem Raub einen alten blauen Wams an, kenntlich durch besondere Merkmale; er hatte anfänglich hartnäckig geläugnet, daß er diesen Wams vom Beisel habe, nach abgelegtem Geständniß aber endlich auch dieses zugegeben. Eben diesen Wams erkennen nun 4 Zeugen, worunter selbst Beisels Bruder, als denselben oder einen ganz gleichen an, wie der ältere Wams des Beisel; ein Zeuge und Düfrin selbst erklären, daß es eben derselbe Wams sei. Beisel aber läugnete nicht nur dies, sondern behauptet sogar, daß er seit 2 Jahren keinen solchen Wams mehr gehabt habe. Dieses Läugnen in Verbindung damit, daß Beisel in Friedrichsdorf nicht in Düfrins Gesellschaft gewesen seyn will, zeigte, daß er sorgfältig jedes Verhältniß mit Düfrin von sich abzuwenden sucht, wäh-

*) Als einer der im Wirthshaus zu Friedrichsdorf anwesenden Gäste von dem in der verflossenen Nacht vorgefallenen Raube, wobei den Strümpfelbronner Juden ihr Geld genommen worden, zu erzählen anfieng, äußerte Beisel: „Mir wird keines genommen" — trank schnell aus und entfernte sich. D. E.

*) Wie Düfrin angab, so stellte ihm Beisel, als er nicht gleich auf dessen Vorschlag eingehen wollte, sehr eindringlich vor: du bist ein armer Mann und steckst hart, auf diese Art kannst du dir helfen, auf dich fällt kein Verdacht u. s. w. — damit stimmt obiges Argument überein. D. E.

rend dies an sich doch ganz zufällige und ihm gleichgültige Umstände seyn konnten, wenn er nicht wußte, daß Düfrin bei dem Raub betheiligt war.

k. Nach Düfrins Angabe hatte Beisel einen bestimmten Antheil von dem geraubten Gelde erhalten. Nun machte Beisel von seiner ersten Freilassung an (6. Nov. 1836) bedeutend Geldausgaben und zwar in denselben Münzsorten, welche in der Gurte und in dem Geldbeutel waren. Will man nun auch annehmen, was Beisel nicht durch unverdächtige Zeugen beweisen konnte, daß er sich solches Geld zum Zweck seiner Verehelignng erspart hatte, so ist doch unerklärlich, wie er gerade jetzt, wo er wieder frei war, dazu kam, das Geld durchzubringen, während er doch durch fortgesetztes Sparen seinen Zweck eher erreicht hätte; es ist unerklärlich, wie er zu einer Zeit, wo er, wie er vorgiebt, sich vergeblich um Arbeit in Waldleiningen umgesehen hatte, zu Ausgaben kommen konnte, welche mehr von Ueberfluß zeugen, z. B. zum Ankauf einer theuren Pistole, einer Tabakspfeife für 7 fl. 30 kr.; wie er ferner dazu kam, für Andere bedeutende Zechen zu bezahlen.

l. In dem Geldbeutel des Joseph Marx befanden sich zwei holländische Zehnguldenstücke in Gold und Düfrin giebt an, daß Beisel solche bei der Theilung für sich behalten habe. Nun kamen aber in Neukirchen, woselbst Beisel nach seiner ersten Freilassung mit dem Soldaten Johann Moser war, eben solche zwei Goldstücke zum Vorschein, deren Besitz Beisel von sich ab- und auf den Soldaten Moser zu wälzen suchte. Allein bedenkt man:

daß Beisel nach der eidlichen Aussage seines Vetters, Rathschreiber Kirsch in Neuenkirchen, diese Goldstücke schon vorher besaß, ehe Moser solche bei Wirth Hillegaß wechseln ließ;

daß Beisel zuerst den Versuch machte und zwar auf heimliche Weise, diese Goldstücke bei seinem Vetter auszuwechseln;

daß Beisel nach seinem übrigen Benehmen viel zu klug ist, um sich durch heimliches Auswechseln solcher Goldmünzen im Namen eines Dritten einem starken Verdacht preiszugeben oder vielmehr den auf ihn längst aus vielen Untersuchungen ruhenden Verdacht auf die auffallendste Weise zu verstärken;

daß Moser, wie Beisel selbst zugiebt, eine Schuld für Leder zu bezahlen und mithin keine Ursache hatte, vorerst Münzen einzuwechseln, zumal er noch 15—20 fl. sonstiges Geld bei sich hatte;

daß Beisel die starke Zeche beinahe allein bezahlte, während er vorgiebt, von Moser Geld geliehen zu haben;

daß Beisel alle Kraft aufbot, um in Neuenkirchen aus dem Arrest durchzubrechen, offenbar um Mittel zu finden, die Ausgabe der Goldstücke zu verheimlichen, daß er sofort auch wirklich Leute nach Neuenkirchen schickte und zwar zu seinem Vetter, um durch diesen den Wirth Hillegaß zum Stillschweigen bereden zu lassen und daß er dies in Auftrag eines Andern nicht wohl unternommen haben würde;

daß Johann Moser nach dem ortsgerichtlichen Zeugniß ein über allen Verdacht erhabene Mann ist, dessen Angabe, daß Beisel ihn habe bereden wollen, diese Ausgabe auf sich zu nehmen, um so glaubhafter ist, als Moser nachher nicht den Beisel, sondern dieser den Moser aufsuchte; so ist unzweifelhaft, daß Beisel der Besitzer dieser Goldstücke war und solche theils selbst heimlich auszugeben suchte, theils den Johann Moser zu deren Ausgabe verleitete.

Nun erkennt aber Düfrin diese beiden Goldstücke als dieselben an, die sich in dem geraubten Geldbeutel vorfanden; Joseph Marx erkennt sie als dieselben oder wenigstens als ganz gleiche an, wie er sie im Beutel hatte und auf die Angaben der früheren Besitzer kann es nicht ankommen, da sie selbst gestehen, daß sie keine bestimmte Kenntniß davon hatten.

Bedenkt man nun, daß solche Goldstücke in Dörfern selten kursiren, daß Beisel über deren Erwerb sich nicht auszuweisen vermag, vielmehr sich aufs eifrigste bemüht, deren Besitz von sich abzuwenden; daß auch nirgends eine Vermuthung gegründet ist, woher er sie sonst, als von dem Raub, bekommen haben soll, so ist wohl die höchste Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß er sie durch den Raub an sich gebracht hatte.

m. Zu allen diesen Inzichten kommt noch der äußerst schlechte Leumund des Beisel, da derselbe schon mehrmals wegen Diebstählen unter erschwerenden Umständen bestraft wurde, dann beinahe jedes Jahr, ja mehrmals in demselben Jahr wegen Diebstahl und zuletzt sogar schon wegen eines Straßenraubs in Untersuchung war, daß er von der Zeit an, wo er das erstemal klagfrei erklärt wurde, ungeachtet aller Inzichten nicht mehr zum Geständniß zu bringen war, daß er mit dem verworfensten Gesindel im vertrautesten Verhältniß steht und weder jemals einen Nahrungszweig ergriffen, noch Lust dazu bewiesen hat.

Bringt man nun alle diese Umstände in Zusammenhang damit, daß die Gegend, wo der Raub vorfiel, nach dem Zeugnisse der dortigen Landgerichte und der vielen abgehörten Bürger von Beerfelden und Ebersberg stets sicher war, indem sogar die Juden die Straße zur Nachtzeit ohne Bedeckung mit Geldtransporten passirten; daß ferner in jener Gegend Niemand von der Reise des Jos. Marx wußte; daß die Wahl des Beraubungsorts beweist, daß die Räuber der Gegend nicht kundig waren und daß daher anzunehmen ist, daß die Räuber dem Beraubten aus der

Heimath, woselbst die Abreise bekannt war, gefolgt sind, zumal da sie sich vor dem Beraubten unkenntlich zu machen suchten:

Bedenkt man dazu weiter, daß der Raubvorfall noch an demselben Morgen durch einen Expressen in Eberbach angezeigt und sogleich ein Cirkular in alle Orte des Amtsbezirks erlassen, sofort allenthalben Nachfrage nach den Abwesenden angestellt und dabei Niemand vermißt wurde, als eben die beiden Inkulpaten Düfrin und Beisel, so liegt der Beweis und beziehungsweise die Wahrheit der Angaben Düfrins so klar vor Augen, daß nach allen menschlichen Erfahrungen ihre Schuld nicht dem mindesten Bedenken unterliegen kann.

In Erwägung nun, daß Inkulpat Beisel hierdurch der Theilname an der Beraubung des Joseph Marx überwiesen ist;

In Erwägung, daß diese Theilnahme in Folge einer vorausgegangenen Verabredung statt gehabt, wofür nicht nur die Angabe des Inkulpaten Düfrin, sondern auch die anderwärts erwiesene planmäßige Ausführung der That spricht.

In Erwägung, daß Inkulpat Düfrin den Beisel als den intellektuellen Urheber der That darzustellen sucht, daß jedoch diese Angabe, obwohl an sich sehr wahrscheinlich, doch genügend nicht erwiesen ist, indem in dieser Hinsicht das Zeugniß Düfrins nicht durch hinreichende Inzichten unterstützt ist;

In Erwägung, daß auch die weitere Angabe Düfrins, daß Beisel von dem geraubten Geld einen größern Antheil erhalten habe, keine genügenden Inzichten für sich hat, daß daher zwischen beiden lediglich das Verhältniß gewöhnlicher Komplicen statt findet, von denen Jeder sich die gleichen Folgen der That zumessen lassen muß.

In Anbetracht des Gutachtens der Gerichtsärzte und nach Ansicht der oben angeführten Gesetzesstellen fand sich der Gerichtshof bewogen, wie geschehen, zu erkennen.

C. Löb Himmel.

Auch Ink. Löb Himmel hat sein Mitwissen und seine Theilname an dem Raub nicht eingestanden. Indessen liegen gegen ihn die dringendsten Inzichten vor, denn

1) im Allgemeinen ist schon nicht anzunehmen, daß zwei Räuber, worunter der Furchtsame Ink. Düfrin, es gewagt haben würden, zwei junge mit Prügel und Stock bewaffnete Männer anzugreifen, wenn sie von Beiden einen ernstlichen Widerstand zu befürchten gehabt hätten;

2) wenn auch die baldige Abreise des Jos. Marx nach Frankfurt bekannt war, so wußte doch Niemand den Tag derselben, als Ink. Löb Himmel, der Jos. Marx denselben Abend davon unterrichtet hatte. Die beiden Thäter konnten daher den Tag, den die Marxsche Familie sonst jedermann verheimlicht hatte, nicht wohl von Jemand anders als von Löb Himmel erfahren haben.

3) Wirklich bestätigt nun auch eine Zeugin, Elisabetha Ihrig von Strümpfelbronn, eidlich, daß sie an jenem Samstag Abend den Löb Himmel mit Beisel unter den Bäumen bei Düfrins Haus beisammen stehen und 1/4 Stunde lang mit einander reden sah, und Löb Himmel wagt es in der Konfrontatoin mit dieser Zeugin selbst nicht, dieser Angabe zu widersprechen, während Düfrin behauptet, Löb Himmel habe ihm solches im Gefängniß durch eine Oeffnung gestanden. Zwar will Löb Himmel damals den Tag der Abreise selbst noch nicht gewußt haben; allein da er selbst die Gurte zuvor nach Beerfeld getragen hatte, und so viel wußte, daß die Reise in wenigen Tagen statt finde, da ferner Jos. Marx eben von dem Heilbronner Markt zurückgekehrt, woraus Löb Himmel schließen konnte, daß die Reise an diesem oder an einem der nächsten Tage vor sich gehen werde, und Isaak Marx sogar im Zweifel ist, ob er ihm beim Transporte der Gurte nach Beerfelden den Tag nicht schon gesagt hatte, da er dieß wenigstens dem Judenwirth Meyer Joseph daselbst eröffnet hatte, so ist dieser Einwand nicht von Bedeutung, zumal da Löb Himmel dem Beisel noch am Abend, ehe er mit Jos. Marx abreiste, sichere Auskunft geben konnte.

Der Verdacht wird noch dadurch erhöht, daß Beisel die lange Unterredung mit Löb Himmel an dem bezeichneten Orte standhaft leugnet;

(Schluß folgt).

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. Nro. 51. Karlsruhe den 22. Dezember 1838.

I.

Straßenraub.

(Wegen Verurtheilung auf Indicien.)

(Schluß).

4) Dazu kommt, daß Löb Himmel beim Angriff dem Jos. Marx in der That keinen ernstlichen Beistand leistete, während er doch sonst für einen herzhaften Burschen gilt, während er einen Stock trug und wußte, daß Jos. Marx mit einem dicken Prügel bewaffnet war;

5) ferner kommt in Betracht, daß Beisel und Düfrin nicht zuerst den Boten, der die Gurte trug, sondern den Jos. Marx allein angriffen und den Boten mit der Gurte davon gehen ließen;

6) besonders wird aber der Verdacht gegen Löb Himmel dadurch bestärkt, daß er eine offenbar ganz falsche Angabe machte, auf welche Weise er die Gurte verloren habe. Von den angeblichen 5 Räubern, welche ihm die Gurte abgenommen, ihn dabei zu Boden geworfen und verwundet haben sollen, war auf der bezeichneten Stelle keine Spur zu finden; seine Kleider zeigten außer einigen Rissen keine Spur, daß er auf dem erweichten Boden gelegen; seine Schenkel keine Spur, daß er beschädigt worden; sein Lamentiren bei dem Zusammentreffen mit Jos. Marx und den Ebersberger Bürgern war erzwungen, und zeigte nach der einstimmigen Aussage dieser Leute von keiner Bestürzung; die Räuber gab er mehrmals in verschiedener Zahl an; ebenso wechselte er in der Beziehung des Orts; seine Beraubung soll nur einige Minuten gewährt haben, und dennoch blieb er eine Viertelstunde zurück. Kurz, sein Benehmen war von der Art, daß die hessischen Landgerichte kein Bedenken trugen, ihn sogleich festzunehmen.

7) Mit diesen Umständen stimmt es nun ganz überein, wenn Düfrin wiederholt betheuert, daß Beisel ihm eröffnet habe, es sei mit Löb Himmel Alles verabredet, Einer von ihnen gehe zum Schein auf denselben zu, und werde die Gurte von ihm erhalten, Löb Himmel werde von dem Gelde einen vollen Antheil bekommen. Es ist sehr glaubhaft, wenn Düfrin ferner versichert, Löb Himmel habe ihm, als er gleich anfänglich zum Schein auf denselben habe losgehen wollen, zurückgewinkt und ihm später, nachdem Jos. Marx überwunden war, die Gurte nicht nur freiwillig dargereicht, sondern ihm auch einen nahen Rückweg nach Oberfesbach gezeigt.

Dadurch wird das ganze Benehmen des Löb Himmel erklärbar, insbesondere, warum er unterwegs stets einige Schritte hinter Jos. Marx zurückgeblieben war, und warum er mit der Gurte nicht vorwärts gegen das nahe Ebersberg, sondern gegen Hetzbach zurücklief, während er den Weg schon einmal mit Joseph Marx gemacht hatte, und die Nähe von Ebersberg wissen mußte.

Hierdurch ist nun allerdings ein dringender Verdacht begründet, daß Löb Himmel mit Beisel wegen der Beraubung des Joseph Marx im Einverständniß war und daß er die Räuber theils durch sein passives Verhalten, theils durch Begünstigung ihrer Flucht unterstützte.

Indessen beruht die Angabe Düfrins über das Eingeständniß des Löb Himmel nur auf Hörensagen und das Benehmen des Löb Himmel während der That, worüber Düfrin aus eigener Wahrnehmung aussagt, beruht allein auf dieser Aussage, welche immerhin einigermaßen dadurch erklärbar wird, daß Löb Himmel durch den Angriff überrascht gewesen und sich seiner Furchtsamkeit geschämt haben konnte.

In Anbetracht dessen und des sonstigen nicht schlechten Rufs des Löb Himmel;

In Erwägung, daß seine Theilnahme, deren er hiernach als verdächtig erscheint, nicht von der Art war, daß auf diesen dringenden Verdacht hin, gemäß §. 10 des Strafedikts auf Detention erkennt werden kann;

nach Ansicht des Strafedikts §. 18 und 19 wurde gegen ihn erkannt, wie geschehen.

Anmerkung. Hinsichtlich des Düfrin und Himmel wurde das Urtheil einstimmig gefällt, in Ansehung des Beisel aber mit zehn Stimmen gegen eine; abermals ein Beweis, daß die in Nr. 31 des fünften Jahrgangs der Annalen vertheidigte Ansicht immer mehr um sich greift.

Wäre nur das, allen Erfordernissen des Art. 31 der P. G. O. entsprechende, Zeugniß des Mitschuldigen Düfrin gegen Beisel vorgelegen, so würde er zufolge §. 10 des Strafedikts verglichen mit §. 14 der Erläuterungen für klagfrei erklärt, und zur Detention verurtheilt worden sein, da die Bestimmung unseres Partikularrechts, wornach der Sicherheitsverhaft an die Stelle der peinlichen Frage treten soll, mit dem Art. 22 der P. G. O. korrespondirt. Nun ist aber, außer dem Zeugniß des Mitschuldigen, durch die gegen Beisel oben unter A. 2, litt. a. und d. bis i. einschließlich, aufgezählten Thatsachen, als zusammentreffende indicia indicii oder mittelbare Anzeigen, dessen Anwesenheit am Orte der That noch besonders nachgewiesen. Dazu kommt ferner nach litt. b. und c. das Zusammensein des Beisel mit Düfrin und Himmel am Abende vor der That, und nach litt. k. und l. der Besitz eines Theils des geraubten Geldes, sodann nach litt. m. der schlechte Leumuth, hernach die Flucht aus dem Gefängnisse (Art. 25. §. 1. 2. 3. 7 und Art. 38 der P. G. O.) und endlich der Mangel an allen Gegenindicien, welche die Unschuld des Bezüchtigten auch nur einigermaßen wahrscheinlich zu machen geeignet wären. Diese ineinander greifenden Anzeigen unterstützen und ergänzen sich gegenseitig dergestalt, daß sie vereinigt ein Ganzes bilden, und die Schuld des Inquisiten so sicher außer Zweifel stellen, als die Aussagen zweier Augenzeugen, weil jene weit mehr auf die That abzielende und mit derselben in augenscheinlicher Verbindung stehende Momente an die Hand geben, als zwei Zuschauer bei dem Raube wahrzunehmen im Stande gewesen sein würden. Da nun das im Art. 22 der P. G. O enthaltene Verbot, auf einigerlei Argwohn oder Verdacht peinliche Strafe zu erkennen, — beim Dasein eines *zusammengesetzten* Beweises nicht anschlägt, so konnte folgerichtig in dem vorliegenden Falle, nicht Klagfreierklärung mit Detention, sondern nur Verurtheilung zur ordentlichen Strafe erfolgen.

Bayer.

II.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Auslegung des L. R. S. 1684.

Apotheker B. Wittwe verkaufte unterm 10. August 1831 an Apotheker F. eine Apotheke. Am 4. August 1836 trat der Käufer mit einer gerichtlichen Klage auf, behauptend, er habe vor Kurzem den Holz- und Mauerschwamm in der Officin entdeckt, was die Apotheke zu ihrem Gebrauche minder tauglich mache, und verlangte von der Verkäuferin die Rückzahlung eines Theiles des Kaufschillings.

Die Beklagte stellte in Abrede, daß zur Zeit des Verkaufes oder nachher der Holz- und Mauerschwamm in der Officin existirt habe, und schützte Verjährung der Klage vor. Das Bezirksamt M. erkannte hiernach auf Beweis, daß der Schwamm zur Zeit des Kaufes in der Officin sichtbar vorhanden gewesen sei, und der Kläger trat diesen Beweis mittels Produktion von Zeugen an. Durch deren Vernehmung ergab sich, daß der Holz- und Mauerschwamm schon vor und auch nach dem Verkaufe der Apotheke in der Officin gewesen war. Ein Zeuge gab insbesondere an, daß derselbe an einer gewissen Stelle sichtbar gewesen sei. Das Amt erkannte nun auf einen Erfüllungseid, welchen der Kläger dahin ableisten sollte, daß er zur Zeit des Kaufes den Holz- und Mauerschwamm nicht gesehen habe, und verurtheilte für den Fall der Eidesleistung die Beklagte nach dem Klagantrage. Diese ergriff jedoch die Appellation in deren Folge das amtliche Urtheil dahin abgeändert wurde: daß der Kläger mit seiner Klage abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe.

Das Begehren des Klägers ist zufolge L. R. S. 1641. 1644 in Rechten begründet; namentlich ist die angestellte Klage auch zuläßig gegen Liegenschaftskäufe *), indem das Gesetz nicht unterscheidet, und der Ausdruck „Waare" in L. R. S. 1648 nach dem gemeinen Sprachgebrauche überhaupt den Gegenstand des Kaufvertrages bezeichnet.

Die Beklagte hielt jedoch der Klage vor Allem entgegen, daß sie nach L. R. S. 1648 binnen kurzer Frist hätte angestellt werden sollen, somit bereits verjährt sei. Diese Einrede erscheint gegründet, und ist insbesondere auch auf die Minderungsklage, nicht allein auf die Umstoßungsklage anzuwenden **). Denn der französische Urtext nennt allgemein: l'action résultant des vices redhibitoires, und hierin wollte der Uebersetzer unseres Landrechtes, Staatsrath Brauer, keine Aenderung machen, wie seine Erläuterungen Bd. III S. 535 (vergl. mit S. 529—530) zeigen, wo er ausdrücklich von Verjährung der *Wandelklagen* handelt. Und damit stimmt auch der Geist und Grund des Gesetzes überein, die Rechtssicherheit im Verkehre so wenig als möglich zu beschränken, und jedem Käufer bemerklich zu machen, daß er die gekaufte Sache alsbald genau untersuche und wegen etwaiger Mängel Klage erhebe.

Ein Ortsgebrauch für die Verjährungsfrist ist von keiner Seite angeführt, und man muß also bei dem Man-

*) Dieß bestreitet Duranton cours de droit français (ed. de Br) tom. 9 Nr. 317, p. 180 auf den Grund einer angeblichen Praxis.

**) Eine entgegengesetzte Entscheidung findet sich in v. Hohenhorst Jahrb. 1833, S. 91 — 93.

gel anderer Entscheidungsquellen entweder nach L. R. A. S. 1 b auf die 14tägige Frist des L. R. A. S. 92 a f oder in Anwendung des L. R. S. 4 a auf die Jahresfrist des L. R. S. 1622 zurückgehen. Jedenfalls beginnt aber die Frist vom Tage des Kaufes zu laufen, theils weil der Gesetzgeber den Anfang der Verjährung nicht der Willkühr des Käufers überlassen konnte, theils nach Analogie des erwähnten L. R. S. 1622 in Verbindung mit dem Umstande, daß der Schwamm ein Mangel ist, welcher bei einiger Aufmerksamkeit binnen Jahresfrist entdeckt werden kann.

Hiernach war gegen den Kläger, als er seine Klage anstellte, die Verjährung bereits vollendet, und er hätte sogleich abgewiesen werden sollen. Die Beklagte ist daher durch das amtliche Urtheil wirklich beschwert, und es mußte deßhalb in der Hauptsache abändernd erkannt werden, u. s. w.

Anmerkungen des Einsenders.

1) In Frankreich bestehen über die Dauer der Wandelklagen, jedoch nur beim Verkauf von Thieren, die verschiedenartigsten Ortsgebräuche; im Uebrigen ist Alles auf das richterliche Ermessen ausgesetzt. Die Ausleger berufen sich auch daher auf das römische Recht, und dieses müßte

2) nach §. 3 des II Einf. Ed. auch bei uns zur Anwendung kommen, wenn die Zulässigkeit der oben angeführten Analogie bestritten werden sollte. Die Frist beträgt dann für die actio redhibitoria 6 Monate, für die actio quanti minoris ein Jahr l. 19 §. 6. l. 38 pr. D. de aedil. edict. (21. 1).

Es entsteht hier aber

3) eine neue Schwierigkeit, indem es streitig ist, ob die Frist vom Tage des Kaufes, oder von der Zeit laufe, wo der Käufer von dem vorhandenen Fehler Kenntniß haben konnte. l. 55 D. eodx. Troplong de la vente Nr. 587 ist darüber in großer Verlegenheit; mir scheint jedoch, daß l. 2. C. de aedil. act. (4. 58) der angeführten Pandektenstelle direkt entgegen stehe, und in diesem Falle ist der Codex den Pandekten vorzuziehen.

Thibaut civilist. Abhandlungen S. 90—93 Mayer.

III.

Hofgericht des Oberrheinkreises.

Auslegung des L. R. S. 1834.

Im Jahre 1837 trug der Prinzenwirth Christian L. gegen den Fabrikanten Johann L. klagend vor, der Beklagte sei mit dem Kläger behufs der Betreibung einer gemeinschaftlichen Bierbrauerei in den Jahren 1815 und 1816 in Geschäftsverbindung gestanden, und habe zu diesem Behufe von dem Kläger einen Zuschuß von 700 fl. erhalten, durch diesen Geschäftsbetrieb sei ein reiner Gewinn von 600 fl. erzielt worden, der Beklagte habe die ganze Verrechnung und die Kasse geführt, und befinde sich noch im Besitze des Gesellschaftsvermögens. Der Beklagte habe jedoch an den Kläger nur die Hälfte des Gewinns ausbezahlt, und er sei darum noch schuldig an den Kläger die Einlage von 700 fl. nebst Zinsen herauszuzahlen und Rechnung zu stellen, worauf denn das Begehren gerichtet war. Der Beklagte stellte sämmtliche Thatsachen in Abrede, und es erfolgte deßhalb eine Beweisauflage an den Kläger, welcher er dadurch zu entsprechen suchte, daß er dem Beklagten den Haupteid zuschob. Der Unterrichter erkannte auf diesen Eid; dagegen ergriff aber der Beklagte die Appellation, und es erfolgte ein abänderndes Erkenntniß, welches den Kläger mit seiner Klage abweist.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß das Begehren der angestellten Klage in thatsächlicher Beziehung auf einem angeblich zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Gesellschaftsvertrage, in rechtlicher Beziehung auf den dispositiven Bestimmungen der L. R. S. 1993 und 1996 beruht;

In Erwägung, daß von beklagter Seite sämmtliche der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen widersprochen worden sind, worauf nach Ansicht des §. 400 der Pr. O. der ganz sachgemäße Zwischenbescheid vom 29. Juli vorigen Jahres erfolgen mußte;

In Erwägung, daß nach dem Vortrag der Klage der Zweck der eingegangenen Gesellschaft die gemeinschaftliche Betreibung einer Bierbrauerei gewesen, somit nach Ansicht des Anhangsatzes 1 a — ein Handelsgeschäft — daher auch die Anwendbarkeit des Handelsrechts nicht unterstellt werden kann; woraus folgt, daß die Entscheidung aus dem Landrechte geschöpft werden muß;

In Erwägung, daß nach dem deutlichen Worte des L. R. S. 1834 besagend:

„Alle Gesellschaften müssen schriftlich geschlossen werden,
„sobald das Einbringen den Werth von fünf und siebenzig
„Gulden übersteigt,"

wenn gleich nicht zur formellen Gültigkeit, dem nach L. R. S. 6 k sonst die Richtigkeit des Geschäfts ausdrücklich verordnet sein müßte, doch die **schriftliche Abfassung** des Gesellschaftvertrags als zur **Beweislichkeit** unerläßlich betrachtet werden muß, so oft nicht solche Beweisführung durch gerichtliches Geständniß des Beklagten überflüssig ist;

In Erwägung, daß ein solches Geständniß überall nicht abgelegt worden, die Existenz einer Vertragsurkunde klägerischer Seits nicht einmal behauptet ist, der allegirte L. R. S. 1834 aber bei seiner in dem Worte „muß" lie-

genden unbedingten Forderung der schriftlichen Verfassung kein anderes Beweismittel, also auch die Eideszuschiebung nicht zuläßt.

Aus diesen Gründen ...... mußte .... das amtliche Erkenntniß ...... abgeändert werden.

Anmerkungen des Einsenders.

Bei Erlassung des vorstehenden Urtheiles, welches mit Stimmenmehrheit erging, vertheidigte die Minorität folgende Sätze für die Bestätigung des amtlichen Bescheides:

Der L. R. S. 1834 ist nur eine Wiederholung des L. R. S. 1341, angewendet auf den Gesellschaftsvertrag. Auch der letztere fordert anscheinend, daß

1) für jedes Rechtsgeschäft, dessen Gegenstand den Werth von 75 fl. übersteigt, nur Urkundenweis, und

2) gegen diese Urkunden kein Zeugenbeweis zugelassen werde.

Auf diese Art ist jedoch der Art. 1341 noch nie ausgelegt worden, und zwar mit Recht, weil seine Geschichte durchaus entgegen steht. Er ist aus den Ordonnanzen von 1566 und 1667, aus der letztern fast wörtlich entlehnt, und diese Ordonnanzen wurden immer nur dahin verstanden, daß in den bezeichneten Fällen der Zeugenbeweis ausgeschlossen sei, weil man bei dem großen Sittenverderbnisse sehr leicht Zeugen erkaufen könne. Dieser Grund, meinte Bigot-Préameneu bei Berathung des 3. Titels des 3. Buchs des Code civil, schlage auch jetzt noch an, und es wäre deßhalb unklug gewesen, die längst ergriffnen Maßregeln nicht beizubehalten. Freilich ist dabei die Fassung des Artikels etwas schief ausgefallen; man hatte aber kein Mißverständniß zu fürchten, weil nur altes bekanntes Recht bestätigt worden war, und sehr natürlich ist, daß die Terminologie der Ordonnanzen von 1566 und 1667 den Ansprüchen jetziger Zeit nicht entsprechen kann.

In der That hat noch kein Ausleger des französischen Civilrechts an der Fassung des Art. 1341 Anstoß genommen, und dafür spricht ziemlich deutlich seine Stellung in dem Abschnitte: „Von dem Zeugenbeweise." Eben so wenig hat je ein Ausleger daran gezweifelt, daß die Art. 1834 und 1923 für Gesellschaften und Hinterlegungen nichts weiter verordnen, als der Art. 1341 für alle Geschäfte gethan hat, und eine solche Wiederholung kann wohl nicht auffallen, wenn man erwägt, unter welchen Zeitumständen das Gesetzbuch verfaßt, daß einzelne Titel gesondert berathen und verkündet wurden, und daß die Entwürfe aus verschiedenen Federn geflossen sind. Man vergleiche Art. 465 mit 817, 1162 mit 1602, 1163 mit 2048.

Aus Art. 1923 und 1924 geht aber insbesondere hervor, daß bei der Hinterlegung auch andere Beweismittel als Urkunden unbedingt zulässig sind, und so ist es wohl auch bei Handelsgesellschaften; denn wenn nach L. R. A. S. 39, 40 alle solche Gesellschaften nur mit Urkunden erwiesen werden dürfen, so würde L. R. A. S. 41 ohne Sinn und Bedeutung sein.

Und von diesen Bestimmungen wird eine Abweichung des badischen Landrechtes nicht unterstellt werden dürfen. Denn nach §. 1 des I. Einführungsedikts ist dasselbe eine Uebersetzung des Code Napoleon, woraus für den Richter nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht entspringt, auf den französischen Urtext zu greifen, um sich den deutschen Text klar zu machen. Namentlich wird eine Abweichung des badischen Landrechtes nicht darin zu finden sein, daß es in L. R. S. 1834 sich ausdrückt: „Alle Gesellschaften müssen schriftlich geschlossen werden." Der französische Text bedient sich des Zeitworts „devoir" und dieß bezeichnet bekanntermaßen eben sowohl unser „sollen" als unser „müssen." Diese beiden Worte aber werden im Teutschen häufig promiscue gebraucht, sowohl im gemeinen Leben, als in der Sprache der Gesetze. Den besten Beleg liefern die L. R. S. 1341 und 1923; denn beide verlangen mit dem „muß" einen Urkundenbeweis, und doch läßt der L. R. S 1924 ausdrücklich noch andere Beweismittel zu. Es wird deßhalb der Richter mindestens die billigste Wortbedeutung („sollen") vorzuziehen, und in diesem Geiste die L. R. S. 1834 und L. R. A. S. 39 anzuwenden haben.

Ist dann aber der Urkundenbeweis nicht eine nothwendige Förmlichkeit oder Feierlichkeit des Gesellschaftvertrages, so kann von der Anwendung des L. R. S. 6 k die Rede nicht seyn.

Mayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Sechster Jahrgang. | Nro. 52. | Karlsruhe den 29. Dezember 1838.

I.

Oberhofgericht.

Wiederherstellung wegen Neuheiten, die sich auf das Daseyn gesetzlicher Bestimmungen beziehen.

In Sachen der Wilhelmine Jägerschmidt zu Karlsruhe, Klägerin, Appellantin, Oberappellantin, nun Restitutionsbeklagte, gegen ihren geschiedenen Ehemann Heinrich Vierordt zu Karlsruhe, Beklagten, Appellaten, Oberappellaten, nun Restitutionskläger, Vermögensauseinandersetzung insbesondere die Giltigkeit des Ehevertrags betreffend, wurde, wie aus den Nummern 38 und 46 der Annalen von 1836, sodann aus Nr. 5 und 9 vom Jahr 1837 ersichtlich ist, der von der Klägerin angefochtene Ehevertrag als nichtig erklärt, weil bei Errichtung derselben die Vorschriften der Notariatsordnung nicht beobachtet, namentlich keine Zeugen beigezogen wurden.

Der beklagte Ehemann übergab gegen dieses Urtheil eine Wiederherstellungsklage, welche durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 17. Mai 1838 verworfen wurde.

Das Nähere erhellt aus den nachstehenden oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen.

Die Wiederherstellungsklage des früheren Beklagten Heinrich Vierordt ist gegen jene Bestimmung des oberhofgerichtlichen Urtheils vom 18 August 1836 gerichtet, welche ausspricht:

„daß der unterm 23. August 1823 zwischen Handelsmann Vierordt und Wilhelmine Jägerschmidt errichtete Ehevertrag wegen Mangels der gesetzlichen Förmlichkeiten für nichtig zu erklären, daher auf die durch Ehescheidung erfolgte Auflösung ihrer Ehe die Vermögensabsonderung nach den Regeln der gesetzlichen Fahrnißgemeinschaft vorzunehmen sei,“

Nach den diesem Urtheile beigefügten Entscheidungsgründen besteht der Grund der Nichtigkeit des Ehevertrages darin, daß bei dessen Errichtung der — durch die Notariatsordnung vom Jahr 1806 und durch deren Nachtrag vom Jahr 1809 als nothwendige Förmlichkeit vorgeschriebene Beizug von zwei Zeugen nicht Statt fand, und daß gegen die klare Vorschrift dieser Gesetze die entgegenstehende — von dem großherzoglichen Justizministerium ausgegangene Erläuterung vom 27. Mai 1812 (Reggsblt. Nr. 18), wornach die von Amtsrevisoren ohne Beizug von Zeugen verfaßten Eheberedungen im Lande gültig seien, nicht berücksichtiget werden könne, weil ihr — als nicht vom Gesetzgeber herrührend — gesetzliche Kraft nicht zustehe.

Die Wiederherstellungsklage stützt sich nun:

I. zuförderst auf die angeblich neu entdeckte Thatsache und auf die zu deren Beweis beigebrachten Urkunden, daß zur Zeit der Publication der erwähnten Justizministerial-Erläuterung dem großherzoglichen Justizministerium von Sr. Königlichen Hoheit dem damaligen Großherzog sowohl schriftlich als mündlich die Befugniß zur authentischen Interpretation der Gesetze verliehen gewesen sei.

Den Zeitpunkt dieser Verleihung bestimmt der Restitutionskläger in der Replick noch näher dahin, daß sie erst im Jahr 1811 nach Aufhebung der Ministerialconferenz erfolgt sei.

Da nach §. 1253 der Prozeßordnung nur solche neue Thatsachen und Beweise dem außerordentlichen Rechtsmittel der Wiederherstellung gegen rechtskräftige Urtheile Eingang zu verschaffen vermögen, welche entscheidend, d. h. von der Art sind, daß sie — wären sie dem Richter schon vor der Fällung des Urtheils vorgelegen, denselben hätten bestimmen müssen, statt des gefällten ein anderes — dem Restitutionskläger günstigeres Urtheil zu erlassen: so hängt der Werth oder Unwerth des in Frage stehenden ersten Restitutionsgrundes und folglich seine Wirkung von der Erörterung der beiden Fragen ab:

A. Ist die angebliche — dem großherzoglichen Justizministerium durch mündliche oder schriftliche — öffentlich nicht verkündete Entschließung des Großherzogs ertheilte Ermächtigung zur authentischen Inter-

pretation der Gesetze — eine im vorliegenden Rechtsstreite entscheidende Thatsache? und eventuell

B. ist sie durch die von dem Restitutionskläger beigebrachten Urkunden in rechtliche Gewißheit gesetzt?

Zu A. In absoluten Monarchien, worunter von dem Zeitpunkte der Auflösung des deutschen Reichsverbandes (Jahr 1806) bis zum Eintritt der ständischen Verfassung im Jahr 1818 das Großherzogthum Baden zu zählen war, steht die gesetzgebende Gewalt als ein Bestandtheil der Staatsgewalt nur allein dem Regenten zu. Vermöge seiner Machtvollkommenheit kann er allerdings, ja er ist sogar durch den Staatszweck dazu verpflichtet, Gehülfen annehmen, und diesen die Ausübung einzelner Theile der Staatsgewalt anvertrauen. Wem aber, welchen Personen oder Behörden er die Ausübung dieser oder jener Theile der Staatsgewalt anvertraut habe — dieß muß er nothwendig seinem Volke bekannt machen, wenn dieses daran gebunden sein, die Bevollmächtigten des Regenten als solche erkennen, ihre Handlungen und Willensäußerungen, Gebote und Verbote als vom Regenten ausgegangen achten und sich darnach richten soll; d. h. der Regent, in so weit er die ganze Staatsgewalt nicht in Person ausüben will oder kann, muß deßhalb die geeigneten Bestimmungen treffen in einem Verfassungsgesetze, und dieses seinem Volke verkünden. Die Verbindlichkeit eines Verfassungsgesetzes fängt, wie die eines jeden andern Gesetzes, mit seiner öffentlichen Bekanntmachung (Promulgation) an, und dauert — bis der Regent auf gleichem Wege eine Aufhebung oder Abänderung ausspricht.

In Baden namentlich hat der Regent diesen Grundsatz längst schon vor dem Jahr 1811 nicht nur anerkannt, sondern selbst in Vollzug gesetzt, indem derselbe schon im Jahr 1803 und in den Jahren 1807 und 1808 durch die verschiedenen Organisationsedikte, am umfassendsten aber durch das Organisationsrescript vom 26. November 1809 und dessen Beilagen jede Behörde und den Umfang, in welchem sie an der Ausübung der Staatsgewalt Theil zu nehmen befugt sein soll, genau bezeichnete, und diese getroffene Gewaltsvertheilung (Verfassungsgesetz) dem Volke durch das Regierungsblatt bekannt machte, welches durch die Geheimenrathsverordnung vom 27. Oktober 1807 §. 5. (Regierungsblatt Nr. 37) zum Gesetzblatt — mit dem erklärt ist, daß alle vom Regenten ausfließende Willenserklärungen, die eine bleibende Norm für Handlungen der Diener oder Unterthanen werden sollen, dadurch verkündet werden müssen. Derselbe Grundsatz folgt auch aus dem L. R. S. 1, wornach die Gesetze erst durch die Verkündung des Staatsherrschers wirksam werden; denn — wenn gleich dieser Satz unmittelbar nur von den Gesetzen des Civilrechts handelt, so folgt daraus doch, daß auch diejenigen Gesetze, welche sagen, wie und von wem die Gesetze des Civilrechts erlassen, abgeändert oder authentisch erläutert werden können, der gleichen Verkündung unterliegen.

Wenn nämlich neue Civilgesetze den Staatsbürgern, damit sie sich darnach richten, zu Folge des L. R. S. 1 verkündet werden müssen, so muß ihnen auch verkündet werden, was als ein solches neues Civilgesetz anzusehen, d. h. von wem und in welcher Form es erlassen sein müsse.

Es fragt sich daher nur, wem nach den zur Zeit der erwähnten Erläuterung vom 27. Mai 1812 bestandenen — öffentlich verkündeten Gesetzen das Recht der Erlassung, Abänderung oder authentischen Auslegung von Gesetzen zugestanden sei?

In dem Gesetze vom 26. November 1809 Beilagen F. §. 38 d und §. 39 behielt sich der Großherzog insbesondere die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt ganz ungeschmälert vor, indem er die Befugniß, sowohl neue Gesetze zu geben, als die bestehenden Gesetze authentisch zu interpretiren, der von ihm präsidirten Ministerialconferenz, und für den Fall, daß er ausnahmsweise derselben nicht selbst präsidiren sollte, seinem Cabinet zuwies, dem Justizministerium aber nach §. 31 litt. i nur die Fertigung von Vorschlägen über die Gesetzgebung im bürgerlichen Rechts- und im Criminalfach überließ.

Den ganz gleichen Vorbehalt erklärte der Großherzog in dem Verfassungsgesetze vom 21. September 1811. Regierungsblatt Nr. 24, wodurch Höchstderselbe die durch das Organisationsedikt vom 26. November 1809 bestimmte Ministerialconferenz aufgehoben, und dabei wörtlich ausgesprochen hat:

„Alle bisher für Uns und zur Ministerial-Conferenz „geeignet gewesenen Geschäftsgegenstände ohne Ausnahme werden hinfort, an Uns, zu Unserm Geheimen Cabinet eingeschickt.“

Der nämliche Vorbehalt blieb auch nach dem späteren im Regierungsblatt Nr. 18 vom Jahr 1817 verkündeten Verfassungsgesetze vom 15. Juli 1817, dessen Eingang sich dahin ausspricht:

„Wie Carl rc. finden uns bewogen, die bisher bestandenen Geheimen Cabinetsreferate einzustellen, und „die früher an die Geheimen Cabinetsräthe zum Vortrag gewiesenen Geschäftsgegenstände (unter welche „dem Obigen zu Folge die Gesetzgebung mit Inbegriff der authentischen Interpretation gehörte) Uns „von Unserem gesammten Staatsministerium vortragen, und dort ausfertigen zu lassen.“

Nach all' diesem — vom Großherzog gegebenen und den

Unterthanen im Gesetzesblatt verkündeten Verfassungsgesetzen war und blieb der Großherzog für den Zeitraum von 1809 bis zum Eintritt der Repräsentativverfassung der alleinige Gesetzgeber, und nur die von ihm selbst in diesem Zeitraum ausgegangenen Erläuterungen oder Auslegungen der Gesetze haben bindende Kraft für Richter und Partheien.

Eine Uebertragung der gesetzgebenden Gewalt — an das Justizministerium, wenn auch nur in Ansehung der Gesetzesauslegung, wäre eine Abänderung der angeführten Verfassungsgesetze gewesen, und hätte ohne Verkündung an die Unterthanen nicht wirksam werden können, indem die nicht verkündete Abänderung die Fortdauer der gehörig verkündeten Verfassungsgesetze nicht hemmen konnte, und zufolge der letzteren — Richter und Partheien berechtiget und verbunden waren, nur denjenigen Auslegungen gesetzliche Kraft zuzugestehen und Folge zu leisten, welche vom Regenten herrühreten, dagegen die vom Justizministerium ertheilten Belehrungen und Auslegungen, so wie die aller übrigen Rechtsgelehrten lediglich als doctrinelle anzusehen und zu behandeln. Der schriftlich oder mündlich — nur dem Justizministerium verkündete Wille des Regenten verpflichtete nur jenes, konnte aber für Richter und Partheien die Wirkung eines Gesetzes so lange nicht haben, als derselbe nicht durch das Gesetzesblatt verkündet war.

Damit steht der Satz im Einklange, daß ein bloßer Rechtsirrthum nie einen Grund zu einer Wiederherstellungsklage abgeben könne, denn entweder ist das Gesetz, wegen dessen Nichtbeobachtung Wiederherstellung gesucht wird, als solches gehörig verkündet, oder es ist dieß nicht. Im letztern Falle hat dasselbe keine Wirkung, und im erstern Falle mußte es nicht nur dem Richter sondern nach L. R. S. 1 b selbst den Partheien schon bei der ersten Verhandlung bekannt seyn, ist also keine Neuheit.

Bei der sich hiernach darstellenden Unerheblichkeit der Thatsache der fraglichen Ermächtigung des Justizministeriums, kommt es auf die Frage

zu B. ob sie bewiesen sei, nicht weiter an, die übrigens ebenfalls zu verneinen wäre. Denn was

1) die vom Restitutionskläger beigebrachten Urkunden Ziffer 2 bis 5 betrifft: so enthalten dieselben

a. einen an den Großherzog gerichteten Anfragebericht des Hofgerichts zu Mannheim vom 21. Oktober 1811, worin sich dasselbe nach Aufhebung der Ministerialconferenz durch die Verordnung vom 21. September 1811 und nach der darin ausgesprochenen Verweisung aller Gesetzgebungsangelegenheiten an den Staatsrath, höchste Entschließung darüber erbat, ob — wenn es in den nicht seltenern Fall komme, höhern Orts Gesetzeserläuterungen einholen zu müssen, nach wie vor die Interpretation vom großherzoglichen Justizministerium einzuholen seien;

b. ein auf diesen Bericht gesetztes Bedenken des Justizministerialdirektors Brauer vom 27. Oktober 1811 des Inhalts:

„Die Hofgerichte haben stets an ihr vorgesetztes Justiz„ministerium zu berichten, das alsdann schon weiß, „wenn es zu einer Interpretation höhere Ge„nehmigung bedarf. Es wird daher ehrerbietigst „anheimgestellt, dieses zu solcher Verbescheidung dem „Justizministerium zu übergeben."

c. Die unter diesem Bedenken befindliche von Brauer beurkundete Bemerkung von 30. Oktober 1811 besagend:

„Von Ihro Königliche Hoheit ist dieses Bedenken gnädigst „genehmigt."

d. Einen Justizministerialbeschluß vom 2. November 1811, wodurch von der vorgedachten höchsten Genehmigung dem Hofgericht zu Mannheim, und auch den übrigen Hofgerichtlichen Nachricht gegeben wurde.

Von einer Erweiterung des Gewaltskreises des Justizministeriums, insbesondere in Beziehung auf Gesetzgebung ist in all' diesen Urkunden keine Rede.

Es liegt vielmehr darin die Bestätigung der in den öffentlich verkündeten Verfassungsgesetzen gegebenen Bestimmung, daß Gesetze und die ihnen gleichgeltenden Auslegungen nur vom Regenten ausgehen, daß es aber nach wie vor, in das Ermessen des — zu Gesetzesvorschlägen ermächtigten Justizministeriums gelegt seyn solle, ob im einzelnen Falle eine authentische Interpretation vom Regenten einzuholen sei, oder nicht, oder ob es etwa an einer von ihm, dem Ministerium zu ertheilenden Belehrung (doctrinellen Interpretation) für den gegebenen Fall genügen möchte.

2) In dem unter Ziffer 6 der Restitutionsklage angeschlossenen Beschlusse des Justizministeriums vom 31. December 1811 stellte dasselbe allerdings die Behauptung auf:

„Daß seit der Aufhebung der Ministerialkonferenz das jus „interpretandi ohne allen Zweifel dem Justizministe„rium zustehe, wie das Se. K. Hoheit mehrmals „und unter anderm erst kürzlich in S. der Gemeinde „Hemsbach gegen die Gemeinde Laudenbach ausdrücklich „erklärt und befohlen haben, daß erst da, wo das Justiz„ministerium den Ausdruck eines Gesetzes zweifelhaft „finde, die höchste Entschließung darübrr eingeholt wer„den soll."

Allein diese Behauptung, insoweit sie nur im Allgemeinen dahin geht a) es stehe ohne allen Zweifel dem Justizministerium das jus interpretandi zu, und b) es habe dieß Serenissimus mehrmals ausdrücklich erklärt, widerspricht in ihrem ersten Theile geradezu dem

im Verfassungsgesetze vom 21. September 1811 ausgesprochenen und im Regierungsblatt Nro. 24 desselben Jahrs öffentlich verkündeten Willen des Großherzogs, und kann daher so wenig als ihr zweiter Theil zu b) in Beziehung auf welchen sie nur als ein Referens sine relato erscheint, als gegründet vom Richter angenommen werden, und zwar um so weniger als selbst das — an die Stelle des Justizministeriums getretene oberste Justizdepartement in einem an das Oberhofgericht gegebenen Beschlusse vom 11. August 1824 den vom Justizministerium ausgegangenen Erläuterungen des Strafedikts vom Jahr 1812 den Charakter und die Kraft einer authentischen Gesetzeserklärung nicht zugestand, was sich nur daraus erklären läßt, daß sich das oberste Justizdepartement von dem Mangel einer regentenamtlichen Ermächtigung des Justizministeriums zu authentischen Interpretationen überzeugt hielt.

Oberhofgerichtl. Jahrbücher von 1824, Seite 356 und 357.

Soweit aber der in Frage stehende Justizministerialbeschluß den Inhalt der Erklärung oder des Befehls des Großherzogs wirklich anführt, „daß nämlich erst da, wo das Justizministerium den Ausdruck eines Gesetzes zweifelhaft finde, die höchste Entschließung darüber eingeholt werden soll:" so läßt sich hieraus eine Ermächtigung des Justizministeriums zur authentischen Interpretation ebensowenig als in der oben angeführten Genehmigung des Brauer'schen Bedenkens vom 30. Oktober 1811 entdecken, und überhaupt mehr nicht entnehmen, als daß der Gesetzgeber nicht durch jeden Zweifel, den irgend ein Individuum oder Behörde über den Sinn der Gesetze hege, behelliget werden wollte, und deßhalb das Justizministerium anwieß, nur alsdann dem Regenten Vortrag zu erstatten, wenn das Ministerium die Ertheilung einer authentischen Erläuterung für nothwendig halte, was nun der Fall seyn könne, bei solchen Gesetzen, über deren wahren Sinn unter den Mitgliedern des Ministeriums selbst verschiedene Meinungen bestehen.

So und nicht anders hat auch das Justizministerium den erwähnten Befehl aufgefaßt, wie

3) aus seinem der Restitutionsklage unter Ziffer 7 beigelegten Beschlusse vom 22. Februar 1812 klar hervorgeht, worin dasselbe sagte: „der Fall zu einer Höchsteigenen (d. i. Großherzoglichen), ehemals durch den Weg der Ministerialconferenz und jetzo durch jenen des Staats-Raths einzuholenden authentischen Interpretation bleibe dermalen nur jenen Fällen aufbewahrt, wann das Ministerium selbst in sich eine Verschiedenheit der Ansichten fasse, und dadurch über den Sinn des Gesetzes ungewiß werde."

Damit ist ganz unzweideutig zugegeben, daß authentisch nach wie vor nur der Großherzog interpretiren, daß er dieß jedoch nur im Falle eines wirklichen — von dem Justizministerium als vorhanden erkannten Bedürfnisses thun werde.

Wenn nun das Justizministerium dennoch in dem nämlichen Beschlusse die Behauptung aufstellte, daß die von ihm ausgehenden öffentlich verkündet werdenden Rechtsbelehrungen volle verbindende Kraft haben: so läßt sich diese Behauptung aus den von ihm dafür angeführten Gründen keineswegs rechtfertigen. Denn

a. die demselben durch die Organisation vom 26. November 1809 anvertraute Oberaufsicht über die Gerechtigkeitspflege, und die Unterordnung der Gerichte unter dasselbe, woraus es die verbindende Kraft seiner Rechtsbelehrungen abzuleiten suchte, sind von dem Rechte der Gesetzgebung und der — dieser angehörigen authentischen Interpretation ganz verschieden, und können das letztere Recht um so weniger involviren, als dieses ja durch das nämliche Organisationsrescript von den erstern getrennt, und der Ministerialconferenz, später aber dem Kabinet und dem Staatsministerium zugewiesen wurde, oder vielmehr stets dem Regenten vorbehalten blieb.

Andere aber — als authentische Rechtsbelehrungen — mögen sie, wo immer herrühren, verbinden den Richter und Partheien nicht zu ihrer Anwendung.

b. Die — dem fraglichen Justizministerialbeschlusse als Beleg für die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung in Abschrift beigelegte großherzogliche Entschließung ist die schon oben bei 1) angeführte Genehmigung des Brauer'schen Bedenkens vom 30. Oktober 1811, in welchem, wie schon dort gezeigt wurde — von einer Ermächtigung des Justizministeriums, Rechtsbelehrungen mit verbindender Kraft zu geben, oder Gesetze authentisch zu interpretiren, überall nicht die Rede ist.

Weitere Beweismittel für den ersten Restitutionsgrund sind nicht beigebracht.

II. Als Restitutionsgrund wurde ferner die Thatsache geltend gemacht, und Urkundenbeweis darüber angetreten, daß das großherzogliche Justizministerium zur Ertheilung und Verkündung seiner Erläuterung vom 27. Mai 1812 insbesondere durch einen Bericht des Direktoriums des Neckarkreises veranlaßt worden sei, worin dieses den Antrag gestellt habe, eine für alle Justizstellen verbindliche im Regierungsblatt zu verkündende Norm auszusprechen, wornach die ohne Zuziehung von Zeugen von Amtsrevisoraten aufgenommenen Eheverträge gültig seyn sollten.

Die Unerheblichkeit dieses Klaggrundes ergiebt sich schon aus der obigen Prüfung des ersten. War — wie dort nachgewiesen ist — das Justizministerium in dem Zeitraum von 1809 bis 1818 nicht mit der Macht bekleidet,

Gesetze authentisch zu interpretiren: so ist und bleibt seine Rechtsbelehrung vom 27. Mai 1812 eine blos doctrinelle Gericht und Parthieen nicht bindende, was auch immer den Anlaß dazu gegeben haben mag.

III. Endlich soll in dem, dem oberhofgerichtlichen Urtheil nachgefolgten provisorischen Gesetze vom 3. November 1836 (Regierungsblatt Nr. 50.) insbesondere in der Verfügung desselben „daß rückwärts alle seit Einführung des Landrechts errichteten Eheverträge, wenn sie von einem Amtsrevisor ohne Zuzug von Zeugen errichtet worden seien, gültig seyn sollen" — ein Restitutionsgrund liegen.

Allein so verfügte das provisorische Gesetz nicht, und konnte so nicht verfügen ohne verfassungswidrige Verwechslung der gesetzgebenden mit der richterlichen Gewalt. Es erklärt sich zwar selbst, als ein rückwirkendes — auf alle seit Einführung des Landrechts geschlossenen Eheverträge erstreckendes Gesetz in so weit, daß es dieselben gegen künftige Anfechtung schützt; — auf rechtskräftig schon entschiedene Fälle dagegen dehnt es seine Rückwirkung nicht aus.

Da hiernach sämmtliche vom Restitutionskläger vorgebrachten neuen Thatsachen und Beweise unerheblich sind, so mußte derselbe mit seiner Wiederherstellungsklage abgewiesen, und nach §. 169 der P. O. in die Streitkosten verfällt werden.

Y.

II.

Oberhofgericht.

Rechtsfall.

In Nr. 43. des Jahrgangs 1837 der Annalen ist der Rechtsstreit in Sachen des Obervogt Waldschütz gegen die Gräfliche von Langsteinsche Curatel, Besoldungsbezug betreffend, dargestellt.

Das Hofgericht des Mittelrheinkreises hat unterm 13. November 1837 das Erkenntniß des Stadtamts Karlsruh vom 13. Dezember 1836, wodurch der Kläger, Obervogt Waldschütz, mit seiner Klage abgewiesen wurde, dahin abgeändert, daß die Gräfliche von Langsteinsche Curatel schuldig sei,

„dem Kläger die volle Besoldung mit 2677 fl. 20 kr. per Jahr vom 23. April 1827 an, in soweit er solche inzwischen nicht bereits empfangen, nebst Verzugszinsen vom Besoldungsrückstande 5 % vom 11. Mai 1832 binnen 4 Wochen zu bezahlen, und diese nämliche volle Besoldung fortzuentrichten, unter Verfallung in die Kosten rc."

Dieses hofgerichtliche Erkenntniß wurde nun auf die von der Beklagten ergriffene Oberappellation durch Urtheil des Oberhofgerichts vom 19. Oktober 1838 bestätigt, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Die Herrschaft Münchhöf war ein Bestandtheil der durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803, § 5 dem damals markgräflichen Hause Baden zur Entschädigung für die jenseits des Rheins verlornen Besitzungen unter andern zugewiesenen Reichsabtei Salmannsweiler und wurde mit Vorbehalt der Oberhoheitsrechte für den Staat, gleichfalls in Entschädigungsweise, den Herrn Markgrafen Friedrich und Ludwig überlassen.

Der Kläger bekleidete seit 1792 die Stelle eines Justiz-, Polizei- und Kammeralbeamten zu Münchhöf, und trat in dieser Eigenschaft im Jahr 1803 in die Markgräflichen Dienste über; er gehört daher insofern unstreitig zu denjenigen weltlichen Dienern geistlicher Regenten, welchen §. 59 des erwähnten Reichsdeputationshauptschlusses den unabgekürzten lebenslänglichen Fortgenuß ihres bisherigen Rangs, ganzen Gehalts und rechtmäßiger Emolumente oder, wo diese wegfallen, eine dafür zu leistende Vergütung garantirt. Bis zum Jahr 1813 bezog der Kläger auch unter seiner neuen Dienstherrschaft seine Dienstbesoldung in der frühern Weise fort. In jenen Jahren ward er in Folge des landesherrlichen Edikts vom 5. Mai 1813 seiner Dienstleistungen als Justiz- und Polizeibeamter enthoben, verblieb aber als standesherrlicher Renteiverwalter nachmals im privativen Dienste der Frau Markgräfin Friedrich; er kam später mit der Herrschaft Münchhöf in jene des höchstseligen Großherzogs Ludwig K. H., und wurde von Höchstdemselben unterm 23. März 1827 unter Fortbelassung seiner vollen Besoldung in Ruhestand versetzt. In die Herrschaft Münchhöf succedirte der Allodialerbe des verlebten Großherzogs, der Graf von Langenstein. Ob nun die erhobene Klage auf lebenslängliche Fortentrichtung der vollen Besoldung mit 2677 fl. 20 kr. vom 23. April 1827 an und mit Verzugszinsen aus den zu wenig bezahlten Beträgen mit Recht gegen die Gräfliche Curatel gerichtet worden sei, hängt einerseits von den Bestimmungen des Reichsdeputationshauptschlusses vom Jahr 1803 und anderseits vom Inhalte derjenigen Vereinbarungen ab, welche in Bezug auf die Dienst- und Besoldungsverhältnisse des Klägers zwischen dem Staat, seiner Dienstherrschaft und ihm selber getroffen wurden.

Läge das landesherrliche Edikt von 1813 über Aufhebung der Patrimonialjurisdiktion nicht in Mitte, so könnte darüber nicht der mindeste Zweifel obwalten, daß der Kläger seinen Ruhegehalt ausschließlich nur an die Gräflich von Langensteinsche Curatel als Rechtsnachfolger seines letzten Dienstherrn zu fordern habe, weil dieser und der Herr Markgraf Friedrich durch die schon im Jahr 1803 geschehene Uebernahme des Klägers in ihre Dienste ohne über dessen Besoldung sich etwas auszubedingen, auch die nach

§. 59 des Reichsdeputationshauptschlusses der neuen Landesherrschaft obliegende Verbindlichkeit, dem Kläger den lebenslänglichen Genuß seines bisherigen Einkommens zu gewähren, mit übernahmen. Das erwähnte Edikt veränderte jedoch die dienstliche Lage des Klägers; im §. 5 des ersteren war verordnet, daß (vom 1. Juni 1813 anfangend, an welchem Tage nämlich von aller Obrigkeit in Criminal- und Civil-, auch Rechts-, Kirchen- und gemeinen Polizei- auch Regierungssachen die Verwaltung mit Vortheil und Lasten an den Staat überging) gemischte, nämlich (neben der Justiz- und Polizeiadministration) zugleich zu Rentgeschäften angestellte standes- und grundherrliche Diener, in welche Kategorie der Kläger gehört, in Bezug auf Justiz- und Polizeigeschäfte zwar ihres dem näheren Dienstherrn geleisteten Eids entbunden, wegen der Renteigeschäfte aber solchen unterliegend bleiben sollten, bis eine Uebereinkunft zwischen dem Staat, den Dienern und ihrer Dienstherrschaft bestimmt haben würde, welchem Dienst sie künftig allein angehörten. Nun geht aus den vom Kläger schon in erster Instanz in Original vorgelegten Rescripten des Seekreisdirektorium vom 21. Juli, und der Renteiadministration der Frau Markgräfin Friedrich vom 22. Oktober 1817, so wie aus dem in zweiter Instanz abschriftlich producirten Finanzministerialerlasse vom 18. Juli 1817 unzweideutig hervor und wurde auch von Seiten des Beklagten zugestanden, daß eine Uebereinkunft zu Stande kam, welcher zufolge Kläger lediglich in standesherrlichen Diensten verbleiben, und seine ganze Besoldung ausschließlich von der Standesherrschaft künftig empfangen, der in Gemäßheit der aufgehobenen Patrimonialjurisdition zu Münchhöf zu zahlende ärarialische Beitrag zur Besoldung des Beamten in die standesherrliche Kasse fließen, im Besoldungsbezuge des Beamten selber aber keinerlei Veränderung eintreten sollte.

Beim Ankauf der Herrschaft Münchhöf durch den höchstseligen Großherzog Ludwig gieng gleichfalls mit dem Kläger eine andere Veränderung nicht vor, als daß an die Stelle der bisherigen Dienstherrschaft eine neue trat, welche daher anstatt des Staats für die dem Kläger im §. 59 des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803 verliehene Besoldungs- und Pensionsansprüche einzustehen hat. Die beklagte Curatel ist die Rechtsnachfolgerin des verewigten Großherzogs in Ansehung des von höchstdemselben hinterlassenen Allodialvermögens, und sie erscheint deßwegen allerdings jetzt, als die rechte Beklagte für den ganzen eingeklagten Betrag.

Die Klagbegründung im Allgemeinen liegt in dem mehrerwähnten Staatsvertrage, im angezogenen §. 59, und es hängt deßwegen die Entscheidung des Streits immer nur noch davon ab, ob der Kläger das Recht zum Bezuge einer Besoldung im Betrage von 2677 fl. 20 kr. bereits gehörig erwiesen habe?

Hierbei versteht sich von selber, daß eine genaue Untersuchung über die Rechtmäßigkeit aller einzelnen Bezüge, welche zusammen das vom Kläger angesprochene Gehalt bilden, und über den Geldanschlag der Naturalien und Dienstnutzungen überflüssig ist, wenn wirklich, wie in der Klage behauptet wird, das Gehalt des Klägers im Geldanschage von 2677 fl. 20 kr. von der markgräflichen Renteiadministration anerkannt, und, wie in der Replick angeführt ist, von dieser Renteiadministration selbst an die oberste Staatsfinanzbehörde das Ansinnen gestellt worden wäre, ¼ der Besoldung von 2677 fl. 20 kr. auf die Staatskasse zu übernehmen.

Die Gültigkeit eines solchen Anerkenntnisses an die Beobachtung der im L. R. S. 1337 vorgeschriebenen Form zu knüpfen, möchte darum unzulässig seyn, weil die im §. 5 des Edikts von 1813 vorbehaltene Uebereinkunft kein Privatrechtsgeschäft zum Gegenstand hatte, sondern es sich um den Vollzug eines Gesetzes handelte, welches Verhältnisse des öffentlichen Rechts betraf, gleich wie die dem Kläger zustehenden reichsdeputationshauptschlußmäßigen Ansprüche, in seinen Gehaltsbezügen wider seinen Willen niemals verkürzt zu werden, auf einen Akt des öffentlichen Rechts sich gründen. Es kömmt vielmehr zunächst darauf an, ob bei dem nach Maßgabe des Edikts von 1813 eingeleiteten und mit der Uebernahme von 669 fl. 20 kr. als einem Viertheil der Besoldung des Klägers auf die Staatskasse beschlossenen Unterhandlungen, Kläger als Betheiligter und Mitpacifcent betrachtet werden könne oder nicht?

Für die Bejahung dieser Frage spricht sowohl der ausdrückliche Inhalt des §. 5 des Edikts und das Verhältniß des Klägers als vormals Abtei Salmannsweilischer Beamter, indem jenes Gesetz und der Reichsdeputationshauptrec.ß ihn vor willkührlichen und nachtheiligen Verfügungen der Landes- und Standesherrschaft über seine Dienst- und Besoldungsverhältnisse sicherten, als auch die Art und Weise, wie die bis ins Jahr 1817 fortgesetzten Verhandlungen betrieben wurden. Es unterhandelte die Staatsbehörde weder mit dem Kläger, noch mit der markgräflichen Standesherrschaft allein; sondern es geht theils aus dem von der beklagten Curatel mit der Replick vorgelegten Renteiadministrationserlaß vom 30. August 1817, theils aus dem vom Kläger produzirten Rescript des Seekreisdirektorium vom 31. Juli 1817 hervor, daß jene Unterhandlungen auf den Grund der dem Kläger abverlangten und von ihm übergebenen Besoldungsfassionen zwischen der Staatsfinanzbehörde und der markgräflichen Renteiadministration gepflogen, und der Kläger für seine

Person vom Endresultat der Verhandlungen in Kenntniß gesetzt wurde. War die nächste Veranlaßung zu jenen Unterhandlungen gleichwohl nur die Ausmittelung des Staatsbeitrags zur Besoldung des Beamten zu Münchhöf, so war doch damals schon der Zeitpunkt gekommen, wo der Kläger über den rechtmäßigen Bezug seiner Besoldung und Emolumente sich auszuweisen hatte; das allseitige Einverständniß, daß seine Besoldung in Geld, Naturalien und Dienstnutzungen den Werth von 2677 fl. 20 kr. erreiche, war die Grundlage der ganzen Vereinbarung, das Anerkenntniß des großherzoglichen Fiscus sowohl als der Standesherrschaft, daß dem Obervogt Waldschütz ein Dienstgehalt, in Geld angeschlagen, in obiger Summe rechtlich gebühre, läßt von dem vereinbarten Theilungsmaßstabe von ¼ und ¾ . . 669 fl. 20 kr. und 2008 fl. zwischen dem Staate und der Patrimonialherrschaft, um so weniger sich trennen, als weder das großherzogliche Finanzministerium noch die Standesherrschaft eine nochmahlige Revision der vom Kläger in seinen Fassionen in Anspruch genommenen Gehaltstheile und Anschlag der Naturalbezüge und Dienstnutzungen oder eine weitere definitive Gehaltsfestsetzung sich vorbehielten. Nachdem die Renteiadministration unterm 26. Juli 1817 der Verwaltung Münchhöf das Finanzministerialrescript vom 18. desselben Monats, in dessen Eingang ausdrücklich erwähnt war, daß die Standesherrschaft das Anerbieten von der Besoldung des Obervogts Waldschütz ¼ mit 669 fl. 20 kr. vom Juni 1813 an auf das Aerarium zu übernehmen, acceptirt habe, mitgetheilt, und durch weiteren Erlaß vom 22. Oktober 1817 mithin nach dem angeblichen Rescript vom 30. August 1817 ausgesprochen hatte, daß er seine Besoldung wie bisher in Geld, Naturalien und Nutzungen fortzubeziehen und ihm für die entgangenen Amts- und Amtsrevisoratssporteln 100 fl., nach Verfügung vom 24. November 1817 aber 200 fl. aufgebessert werden sollten, und nachdem endlich am 23. März 1827 Kläger unter Fortbelassung seiner vollen Besoldung in Ruhestand versetzt war, konnte zwar das Finanzministerium für den Staat, und die Standesherrschaft für sich, wegen eines neuen Maßstabs der Theilung der Besoldung des Klägers sich vereinbaren; es sind aber weder der Fiscus noch die Dienstherrschaft befugt, das bei der frühern Uebereinkunft, nach vorgenommener oder wenigstens ihnen freistehender Prüfung der klägerischen Ansprüche anerkannte Recht zum Bezug einzelner Gehaltstheile und den früheren Geldanschlag der Naturalien und Nutzungen von neuem zustanden, und Nachweisungen zu verlangen, welche, so lange der Kläger im Dienste und im Besitze der Verwaltungsrechnungen war, ihm leicht beizubringen, jetzt aber zu liefern schwer sind. Eben so wenig braucht sich der Kläger die erst nach dem Jahre 1817 in Uebung gekommenen Anschläge der Naturalien gefallen zu lassen, weil er nicht nach §. 19 des Dieneredikts vom Jahr 1819, sondern unter Belassung seiner vollen Besoldung pensionirt wurde. — Wie wenig es auch Anno 1817 die Meinung war, eine weitere Prüfung und allenfallsige Contestation der vom Kläger mit 2677 fl. 20 kr. liquidirten Besoldung vorzubehalten, geht insbesondere aus dem vom großherzoglichen Finanzministerium am 26. November 1826 (mithin vor der Pensionirung des Klägers) erlassenen Rescript hervor, wonach dem Kläger eröffnet wurde, daß man den ärarischen Beitrag ad ¼ zu seinem Gehalt mit 669 fl. 20 kr. ganz definitiv auf den Staatspensionsfond überwiesen habe.

Die Schritte, welche die markgräfliche Standesherrschaft bis zu Ende des Jahrs 1817 that, die Erlaße derselben an das großherzogliche Finanzministerium im eigenen Interesse und zugleich in jenem des Klägers; ihre Erlaße an die Verwaltung Münchhöf, welcher der Kläger vorstand, sind alles Handlungen, zu welchen die Standesherrschaft, nur unter Voraussetzung des Anerkenntnisses der Ansprüche des Klägers auf eine Besoldung von 2677 fl. 20 kr. veranlaßt seyn konnte, und wenn die Standesherrschaft als den vierten Theil jener Besoldung den Betrag von 669 fl. 20 kr. anerkannte, und von 1813 bis 1827 für sich selbst einnähmlich verrechnen ließ, so kommen die Landrechtssätze 1108 b und 1338 a wider die jetzige Beklagte in Anwendung. Es bedarf eines Beweises weder darüber, daß die Renteiadministration selber den Staatsbeitrag von 669 fl. 20 kr. als ¼ des Münchhöfer Beamtengehalts ausdrücklich verlangt habe, noch daß am Normaltag, am 24. August 1802, Kläger im rechtmäßigen Besitze aller behaupteten einzelnen Gehaltstheile sich befunden, noch daß alles was er in partem salarii bezog, zusammen einen Geldwerth von 2677 fl. 20 kr. gehabt habe.

Aus diesen Gründen ist die beklagte Curatel durch das dieselbe nach dem Klagvortrage, jedoch nur mit der Verbindlichkeit zur Erstattung von Zinsen vom Klagtage an, verurtheilende hofgerichtliche Erkenntniß nicht im mindesten gravirt und mußte letzteres bestätigt, die Curatel als unterliegender Theil aber auch nach §. 169 der Prozeßordnung in die Kosten dieser Instanz verfällt werden. Y.

III.

Rechnersuntreue.

Der Heiligenpfleger zu Stein hatte sich durch Verwendung von 362 fl. 11 kr. Stiftungsgelder in eigenen Nutzen, der Rechnersuntreue schuldig gemacht, jedoch aber, theils vor angefangener Untersuchung, theils vor gefälltem Urtheile vollständigen Ersatz geleistet, weßhalb durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 2. August 1838 blos die Dienst-

entsetzung gegen ihn ausgesprochen und wegen des geleisteten Ersatzes von weiterer Strafe Umgang genommen wurde. Gegen dieses Erkentniß ergriff der Staatsanwalt den Rekurs und führte solchen auf dieselbe Weise aus, wie in Nr. 29 der Annalen von 1837 zu lesen ist.

Hierauf erkannte das großherzogl. Oberhofgericht durch Urtheil vom 30. Oktober 1837 abändernd zu Recht:

„Daß Inkulpat nebst der Dienstentsetzung zu einmonatlicher Gefängnißstrafe und in die Kosten des Rekurses zu verfällen sei."

Entscheidungsgründe.

Da der Rekurs sich lediglich auf das Strafmaß beschränkt, so kommt es darauf an, zu ermitteln, was nach dem §. 90 des Strafedikts unter dem unteren Grade des Verbrechens der Rechnersuntreue, dessen Strafe schon gelind bestimmt sei, und daher auch wegen des geleisteten Ersatzes des Rezesses keiner weiteren Minderung mehr unterliegen solle, zu verstehen sei? — Es ergibt sich nun

1) schon aus dem Ausdrucke: „dessen Strafe bestimmt ist," daß diese Bestimmung in gedachtem Gesetze selbst enthalten seyn müsse; in diesem aber findet sich erst für einen Kasseneingriff von 50 fl. oder für einen diesem gleichgeachteten geringeren Eingriff eines schon einmal korrigirten Rechners eine Strafbestimmung dahin: daß derselbe neben dem Ersatze des Rezesses und der Entsetzung vom Dienste mit einmonatlicher Gefängnißstrafe geahndet werden soll, und die Erläuterungen von 1812 zu diesem §. 90 des Strafedikts führen unter Nr. 83 als Grund, warum für einen Kasseneingriff unter 50 fl. in diesem Gesetze nichts bestimmt sei, den an, weil ein solcher Eingriff noch unter die dienstpolizeilichen Vergehen gehöre, daher nach dem Ermessen der Polizeibehörde zu bestrafen sei;

2) daß, wenn demnach der Kasseneingriff von 50 fl. oder der ihm gleichgeltende eines schon korrigirten Rechners der untere Grad des fraglichen Verbrechens ist, bei dessen Bestrafung der geleistete Ersatz des Rezesses niemals in Betracht gezogen werden soll, also, auch wenn der Eingriff sich auf eine höhere Summe beläuft, wegen geleisteten Ersatzes nie unter die Strafe des untern Grades herunter gegangen werden kann, sondern die einmonatliche Gefängnißstrafe stets unverändert stehen bleibt, und das Abrechnen des geleisteten Ersatzes erst bei dem überschießenden Betrage beginnt, der einen höheren Grad des Vergehens begründet;

3) daß auch nur durch diese Auslegung ein richtiges Verhältniß in die Bestrafung der verschiedenen Grade dieses Vergehens kommt, indem sonst die Ungereimtheit entstehen würde, daß ein mehr als 50 fl. betragender Kasseneingriff, dessen Ersatz vollständig geleistet worden ist, blos mit Dienstentsetzung bestraft würde, während ein blos auf 50 fl. sich belaufender Eingriff neben dieser noch mit einmonatlicher Gefängnißstrafe geahndet werden müßte;

4) daß dem allem zufolge der Rekurs des Staatsanwalts in so weit begründet ist, als das großherzogliche Hofgericht gegen den Angeschuldigten, welcher seinen ganzen auf 362 fl. 11 kr. sich belaufenden Rezeß alsbald, d. h. vor Aburtheilung der Sache, nach Nr. 83 der Erläuterung, ersetzt hat, nicht blos die Strafe der Dienstentsetzung, sondern auch die des einmonatlichen Gefängnisses hätte erkennen sollen rc. rc.

Anmerkung. In Nr. 16 und 49 Seite 95 und 291 der Annalen von 1837 werden vier Fälle der Rechnersuntreue unterschieden, die aber zusammen doch nur drei Grade ausmachen, indem jener Rechner, welcher wegen eines Rezesses unter 50 fl. schon einmal corrigirt war, beim Rückfall mit demjenigen, welcher zum erstenmal einen Rezeß von 50 fl. gemacht hat, in die nämliche Kathegorie gesetzt wird. Diese beiden Fälle bilden also den ersten beziehungsweis untersten Grad. Der zweite Grad ist ein Rezeß von 100 fl. und der dritte ein solcher über 100 fl. Wenn nun der §. 90 von vier höheren Graden spricht, so kann dies nur ein Redactions- oder ein Druckfehler seyn, was um so gewisser angenommen werden darf, als nirgends von einem fünftem Grade die Rede ist, den man doch haben müßte, um von vier höheren sprechen zu können.

Setzt man hiernach „zwei" statt „vier", so ist das Räthsel gelößt. Die Strafe des ersten Grades mit einmonatlichem Gefängniß und Entsetzung vom Dienste muß, auch wenn der Rezeß von 50 fl. oder darüber vor der Aburtheilung gänzlich getilgt war, jedesmal erkannt werden, so fern nicht die handgelübdliche Verpflichtung des Rechners unterblieben ist, in welchem Falle sich die Gefängnißstrafe um die Hälfte vermindert. — Die oberhofgerichtlichen Entscheidungen werden daher — trotz der Anfechtung in Nr. 49 — als gerechtfertigt erscheinen.

Bayer.

Hauptredakteur: Vicekanzler Bekk in Mannheim. Drucker und Verleger: Ch. Th. Groos.



